

الوجيز

في فقه الإمام الشافعي

لِلْعَلَّامَةِ الْفَقِيهِ الْمُجْتَهِ أَبُو حَامِدٍ مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ مُحَمَّدٍ الْغَزَالِيُّ
وُلِدَ سَنَةَ ٤٥٠ هـ وَتَوَفَّى سَنَةَ ٥٠٥ هـ
رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

تَحْقِيقُ

عَلِي بَرَعَوِصَ جَاوِل عِدْلُو مَجْمُورَ

الجزء الثاني



جميع حقوق الطبع والصف والاخراج
محفوظة لـ :

شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع

هاتف: ٨٣٤٩٧٣/٤ - ص.ب. ٣٨٧٤
فاكس: ٦٠٣٠١٣ كود بروت ٠٠٩٦١١ -



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ النِّكَاحِ (١)

وَالنَّظَرُ فِي خَمْسَةِ أَقْسَامٍ:

(الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: فِي الْمُقَدِّمَاتِ)، وَهِيَ خَمْسٌ: (الْأُولَى) خَصَائِصُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

(١) النِّكَاحُ فِي اللُّغَةِ: الضَّمُّ والتَّداخُلُ، وَمِنْهُ نَكَحَتِ الْبَرِّيَّةُ الْأَرْضَ، إِذَا حَرَثَتْهَا وَبَذَرَتْهُ فِيهَا، وَنَكَحَ الْمَطَرُ الْأَرْضَ إِذَا خَالَطَ تَرَاهَا، وَنَكَحَتِ الْحَصَى أَخْفَاقَ الْإِبِلِ إِذَا دَخَلَتْ فِيهَا، وَيَكُونُ التَّداخُلُ حَسِيًّا، كَمَا ذَكَرَ، وَمَعْنَوِيًّا كَنَكَحِ الثُّعَالِ الْعَيْنَ.

وَيُطْلَقُ فِي اللُّغَةِ عَلَى الْوَطْءِ حَقِيقَةً، وَعَلَى الْعَقْدِ مُجَازًا. قَالَ الْمَطْرُزِيُّ وَالْأَزْهَرِيُّ هُوَ الْوَطْءُ حَقِيقَةً، وَمِنْهُ قَوْلُ الْفَرَزْدَقِ: [بَحْرُ الْبَسِيطِ]

ذَا سَقَى اللَّهُ قَوْمًا صَوْبَ غَادِيَةٍ فَلَا سَقَى اللَّهُ أَرْضَ الْكُوفَةِ الْمَطَرَا
التَّارِكِينَ عَلَى طَهْرِ نِسَاءَهُمْ وَأَلْتَاكِحِينَ بِشَطْطِي دَجَلَةَ الْبَقَرَا
وَهُوَ مُجَازٌ فِي الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِيهِ ضَمٌّ، وَالنِّكَاحُ هُوَ الضَّمُّ حَقِيقَةً.

قَالَ الشَّاعِرُ: [الطَّوِيلُ]

ضَمَمْتُ إِلَى صَنْدَرِي مُعْطَّرَ صَنْدَرَهَا كَمَا نَكَحَتْ أُمُّ الْغُلَامِ حَبِيبَهَا
أَي: كَمَا ضَمَمْتُ، أَوْ لِأَنَّهُ سَبَبُهُ، فَجَازَتْ الِاسْتِعَارَةُ لِذَلِكَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ حَقِيقَةُ فِي الْعَقْدِ، مُجَازٌ فِي الْوَطْءِ.

وَقِيلَ: هُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ اشْتِرَاكَاً لَفْظِيًّا، وَيَتَعَيَّنُ الْمَقْصُودُ بِالْقَرَائِنِ، فَإِذَا قَالُوا: نَكَحَ فُلَانٌ بِنْتَ فُلَانٍ أَوْ أُخْتَهُ، أَرَادُوا تَزْوِجَهَا، وَعَقَدَ عَلَيْهَا، وَإِذَا قَالُوا: نَكَحَ امْرَأَتَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ لَمْ يَرِيدُوا إِلَّا الْوَطْءَ؛ لِأَنَّ بَذْكَرَ الْمَرْأَةِ أَوْ الزَّوْجَةِ يَسْتَعْنِي عَنِ الْعَقْدِ وَمِنْ هُنَا نَشَأُ الْاِخْتِلَافَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ، هَلِ النِّكَاحُ حَقِيقَةُ فِي الْوَطْءِ وَالْعَقْدِ أَوْ هُوَ حَقِيقَةُ فِي أَحَدِهِمَا، مُجَازٌ فِي الْآخَرِ؟ فَذَهَبَ جَمَاعَةٌ إِلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ لَفْظَ النِّكَاحِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْوَطْءِ وَالْعَقْدِ، فَيَكُونُ حَقِيقَةً فِيهِمَا.

وَدَلِيلُهُمْ عَلَى هَذَا أَنَّهُ شَاعَ الِاسْتِعْمَالُ فِي الْوَطْءِ تَارَةً، وَفِي الْعَقْدِ تَارَةً أُخْرَى بِدُونِ قَرِينَةٍ، وَالْأَصْلُ فِي كُلِّ مَا اسْتَعْمَلَ فِي شَيْءٍ أَنْ يَكُونَ حَقِيقَةً فِيهِ، إِمَّا بِالْوَضْعِ الْأَصْلِيِّ، أَوْ بِعَرَفِ الِاسْتِعْمَالِ، فَالْقَوْلُ بِالْمُجَازِيَةِ فِيهِمَا، أَوْ فِي أَحَدِهِمَا خِلَافَ الْأَصْلِ.

وَقَدْ قَالَ بَعْضُ الْحَنَابِلَةِ: الْأَشْبَهُ بِأَصْلِنَا أَنَّ النِّكَاحَ حَقِيقَةُ فِي الْوَطْءِ وَالْعَقْدِ جَمِيعًا، لِقَوْلِنَا بِتَحْرِيمِ مَوْطُوءَةِ الْأَبِّ مِنْ غَيْرِ تَزْوِيجٍ، لِدُخُولِهَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ».

وَذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ وَالْمَالِكِيَّةُ، وَجُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ إِلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ النِّكَاحَ حَقِيقَةُ فِي الْعَقْدِ، مُجَازٌ فِي الْوَطْءِ. وَذَهَبَ الْحَنَفِيَّةُ إِلَى الْعَكْسِ

وَالْقَوْلِ بِأَنَّ النِّكَاحَ حَقِيقَةُ فِي أَحَدِهِمَا، مُجَازٌ فِي الْآخَرِ أَوَّلَى مِنَ الذَّهَابِ إِلَى الْاِشْتِرَاكِ اللَّفْظِيِّ، وَذَلِكَ لِمَا هُوَ مُتَقَرَّرٌ فِي كُتُبِ الْأَصُولِ، مِنْ أَنَّهُ إِذَا دَارَ لَفْظٌ بَيْنَ الْاِشْتِرَاكِ وَالْمُجَازِ، فَالْمُجَازُ أَوَّلَى، لِأَنَّهُ أَبْلَغُ وَأَغْلَبُ.

وَالْمُشْتَرَكُ يَخِلُ بِالْأَفْهَامِ عِنْدَ خِفَاءِ الْقَرِينَةِ عِنْدَ مَنْ لَا يَجِيزُ حَمْلَهُ عَلَى مَعَانِيهِ، بِخِلَافِ الْمُجَازِ، فَإِنَّهُ عِنْدَ خِفَاءِ الْقَرِينَةِ يَحْمِلُ عَلَى الْحَقِيقَةِ، فَكَوْنُهُ حَقِيقَةً فِي أَحَدِهِمَا، مُجَازًا فِي الْآخَرِ أَوَّلَى.

ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، وذلك أولاً: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة، حتى قيل: أنه لم يرد في القرآن إلا للعقد، ولا يرد قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا، فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت بالسنة وذلك للحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعه لما بت طلاقها، وتزوجها عبدالرحمن ابن الزبير، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعه، لا حتى تذوقي عُسَيْلَتَهُ، ويذوق عُسَيْلَتِكَ، فيكون معنى قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ حتى تتزوج، ويعقد عليها، وقد بينت السنة أنه لا بد مع العقد من ذوق العُسَيْلَةِ.

وثانياً: أنه يصح نفي النكاح عن الوطء، فيقال: هذا الوطء ليس نكاحاً، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء، لما صح نفيه عنه.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوء الأب من الزنا، فلما كان النكاح عند الحنفية حقيقة في الوطء الشامل للوطء الحلال والحرام، قالوا بِحُرْمَةِ موطوء الأب من الزنا، ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا: لا تحرم موطوء الأب من الزنا. وعرفه الشافعية بقولهم: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما - فقولهم: «عقد» جنس في التعريف، وقولهم: «يتضمن إباحة وطء» خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها. وقولهم: «لفظ الإنكاح والتزويج» خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتملك.

وعرفه العلامة الدردير رحمه الله في «أقرب المسالك» حيث قال: هو عقد لحل تمتع بأثنى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.

فالعقد مصدر عقد، أي: تمسك وتوثق، والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر، أي ارتباط كلام الزوج بكلام وَلِيِّ الزوجة، على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً يستعقب أحكامه. وقوله «عقد» جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود.

وقوله «لحل تمتع» الخ.. علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، ومنه شراء الأمة للتلذذ بها؛ إذ ليس الأصل فيه حل التمتع بخصوصه، بل الانتفاع العام وملك الرقة.

وخرج بقوله «غير محرم ومجوسية وأمة كتابية» المحرم بنسب أو رضاع أو صهر، والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن، ولا يقال: إن هذا التعريف غير مانع؛ لأنه يدخل فيه المُلَاعِنَةُ والمَبْتُوتَةُ والمعتدة من الغير المحرمة بحج أو عمرة؛ لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي، وأما الملاعنة، وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارئ بعد الحل بخلاف المحرم والمجوسية والأمة الكتابية، فإن مانعهن ذاتي لا عرضي وقوله: «بصيغة» متعلق بعقد، وهو من تمام التعريف؛ لأن الصيغة أحد أركان النكاح وقد عرفه الكمال بن الهمام من الحنفية بقوله: عقد وضع لتملك المتعة بالأثنى قصداً بقوله: «عقد» جنس في التعريف يشمل سائر العقود.

وقوله: «ومنع لتملك المتعة بالأثنى» يخرج به العقد على المنافع كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع والهبة، والمراد: وضع الشارع لا وضع المتعاقدين.

وقوله: «قصداً» يحتز به عن عقد تملك به المتعة ضمناً كما في البيع والهبة، لأن المقصود فيهما ملك الرقة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمناً إذا لم يوجد ما يمنعه.

وعرفة الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قَصْدًا

وعرفه الحنابلة بأنه: عَقْدُ التزويج، فهو حقيقة من العقد، مجاز في الوَطءِ على الصحيح.

ينظر الصحاح ٤١٣/١، لسان العرب ٦٢٥/٢، المصباح المنير ٩٦٥/٢، القاموس المحيط ٢٦٣/١، معجم مقاييس اللغة ٤٧٥/٥، المطلع ٣١٨.

وينظر تبين الحقائق ٩٤/٢، بدائع الصنائع ١٣٢٤/٣ منح الجليل ٢٣/٢، الفواكه الدواني ٢١/٢، الكافي ٥١٩/٢، الانصاف ٢٤/٨، المغنى ٣/٧.

والدليل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع أمّا الكتاب: فقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَى وَثَلَاثَ وَرِبَاعَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ ووجه الدلالة فيهما أن الله تعالى أمر فيهما بالنكاح، فدل ذلك على مشروعيته؛ إذ لو لم يكن مشروعاً لما أمر به الله.

وأما السُّنَّةُ: فقولهُ صلى الله عليه وسلم: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مِنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةُ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيُصُمْ فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءٌ» وهو سُنَّةٌ مِنْ سنن الرسول صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «النِّكَاحُ سُنَّتِي فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي».

بل هو سُنَّةٌ مِنْ سُنَنِ الْأَنْبِيَاءِ السَّابِقِينَ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾ وقد كان الأنبياء عليهم الصلاة والسلام أعظم قدرة للخلق في الزواج، كما في غيره من الأفعال المحموده، فَأكْدُوا عَلَى الزَّوْجِ وَأَوْصُوا بِهِ، ولم يذكر المؤرخون أن أحداً من الأنبياء عاش بلا زَوْجٍ سوى يحيى وعيسى عليهما وعلى نبينا أفضل السلام.

وَقَدْ قِيلَ إِنَّ السَّبَبَ فِي عَدَمِ زَوْجِ عِيسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ فَسَادُ نِسَاءِ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي زَمَنِهِ، فَلَمْ يَجِدْ فِيهِمْ امْرَأَةً صَالِحَةً تَلِيْقُ لِعِشْرَتِهِ لِأَنَّهُ بَعَثَ فِي زَمَنِ انْحِطَاطِ بَنِي إِسْرَائِيلَ.

حِكْمَةُ مَشْرُوعِيَّتِهِ: شَرَعَ اللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى النِّكَاحَ لِحُكْمٍ كَثِيرَةٍ، وَمَصَالِحِ جَمَّةٍ، وَمَنَافِعِ عَدِيدَةٍ، مِنْ ذَلِكَ أَنَّ إِرَادَةَ اللهِ اقْتَضَتْ أَنْ يَكُونَ النُّوعُ الْإِنْسَانِي خَلِيفَتَهُ فِي الْأَرْضِ لِإِصْلَاحِهَا، وَإِقَامَةِ الشَّرَائِعِ فِيهَا، وَهَذِهِ الْأَغْرَاضُ الَّتِي أَحَبَّهَا اللهُ، وَأَحَبُّ أَنْ تَكُونَ لَا يُمْكِنُ أَنْ تَتَحَقَّقَ إِلَّا إِذَا بُنِيََتْ عَلَى أُسُسٍ مُتِينَةٍ، وَدَعَائِمٍ قَوِيَّةٍ ثَابِتَةٍ، أَلَا وَهِيَ النِّكَاحُ، فَإِنَّ النِّسْلَ يُمْكِنُ أَنْ يَوْجِدَ بِمَجْرَدِ اجْتِمَاعِ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ بِأَيِّ طَرِيقَةٍ كَانَتْ، وَلَكِنْ مِثْلُ هَذَا النِّسْلِ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ صَالِحاً لِإِصْلَاحِ الْأَرْضِ، وَعِمَارَتِهَا، فَإِنَّ الشُّلَّ الصَّالِحَ لَا يَوْجِدُ إِلَّا بِالنِّكَاحِ.

أَضَفَ إِلَى ذَلِكَ أَنَّ النِّكَاحَ يَكْسِبُ الرَّجُلَ أَوْلَاداً إِذَا قَامَ بِتَعْلِيمِهِمْ، وَتَرْبِيَتِهِمْ كَانُوا لَهُ قُرَّةَ عَيْنٍ فِي حَيَاتِهِ، وَذِكْراً حَسَناً بَعْدَ وَفَاتِهِ، فَالْأَوْلَادُ هُمْ مُتَعَةُ النَّفْسِ وَزِينَةُ الْحَيَاةِ قَالَ اللهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ الْعَزِيزِ: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ فَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ، فَقَدْ خَلَفَ مِنْ بَعْدِهِ مَنْ يَحْمِلُ اسْمَهُ، وَيَدْعُو لَهُ بِخَيْرٍ، وَلِذَلِكَ جَاءَ فِي الْخَبَرِ: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ» وَذَكَرَ مِنْهَا الْوَلَدُ الصَّالِحُ؛ ثُمَّ إِنَّ النِّكَاحَ هُوَ الْوَسِيلَةُ الَّتِي تَجْمَعُ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ سَبَباً لِمُسْتِكْمَالِ النِّقْصِ الَّذِي يَوْجِدُ عِنْدَ الْمَرْأَةِ، إِذْ مِنَ الْمَعْرُوفِ أَنَّ الْمَرْأَةَ ضَعِيفَةٌ لَا يُمْكِنُ أَنْ تَحْمِلَ مَا يَتَحَمَلُهُ الرَّجُلُ مِنَ الْأَعْمَالِ الشَّاقَةِ، فَهِيَ فِي حَاجَةٍ إِلَى رَجُلٍ يَعِينُهَا عَلَى كَسْبِ عِيشِهَا، وَيَعْمَلُ عَلَى صِيَانَتِهَا مِنَ التَّهْتِكِ وَالِابْتِدَالِ، كَمَا أَنَّ الرَّجُلَ فِي حَاجَةٍ إِلَى امْرَأَةٍ تَعْمَلُ عَلَى صِيَانَةِ مَالِهِ، وَتُدِيرُ أُمُورَ مَنْزِلِهِ، وَتَفْرَجُ عَنْهُ مَتَاعِبَ الْحَيَاةِ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ امْرَأَةٍ

وَقَدْ خُصَّ مِنَ الْوَاجِبَاتِ بِالضُّحَى، وَالْأَصْحَى (و)، وَالْوَثْر (ح)، وَالتَّهْجِد (و)، وَالسَّوَالِك (ح)، وَتَخْيِيرِ نِسَائِهِ (و) بَيْنَ اخْتِيَارِ زِينَةِ الدُّنْيَا أَوْ اخْتِيَارِهِ، وَمَنْ اخْتَارَتْهُ، هَلْ يَحْرُمُ طَلَاقُهَا؟ فِيهِ خِلَافٌ (و).

(وَأَمَّا الْمُحَرَّمَاتُ)، فَقَدْ حُرِّمَ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَآكُلُ الثَّوْمِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَالْأَكْلُ مُتَكِنًا عَلَى وَجْهِ، وَلِإِمْسَاكِ مَنْ كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، وَنِكَاحُ الْحُرَّةِ الْكِنَانِيَّةِ وَالْأَمَةِ؛ عَلَى وَجْهِ.

(أَمَّا التَّخْفِيفَاتُ)، فَقَدْ أُحِلَّ لَهُ الرِّصَالُ، وَصَفِيَّةُ الْمَغْنَمِ، وَالْأَسْتِنْدَادُ بِالْخُمْسِ، وَدُخُولُ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَجَعْلُ مِيرَاثِهِ صَدَقَةً، وَالزِّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَى التَّسْعِ خِلَافٌ، وَكَذَا فِي انْحِصَارِ طَلَاقِهِ فِي الثَّلَاثِ، وَتَعَقُّدِ نِكَاحِهِ بِلَفْظِ الْهَبَةِ، وَبِغَيْرِ مَهْرٍ، وَإِذَا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَى أَمْرَأَةٍ، فَرَغَبَ فِيهَا، وَجَبَ عَلَى الزَّوْجِ طَلَاقُهَا لِيَنْكِحَهَا، وَفِي انْعِقَادِ نِكَاحِهِ بِغَيْرِ وَلِيِّ وَشُهُودٍ، وَفِي الْإِحْرَامِ خِلَافٌ (و)، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَسَمُ فِي زَوْجَاتِهِ^(١)، وَنِسَاؤُهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ مُحَرَّمَاتٌ عَلَى غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُنَّ أُمَّهَاتُ الْمُؤْمِنِينَ، وَمُطَلَّقَتُهُ الْمَدْخُولُ بِهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَى غَيْرِهِ، وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا مُحَلَّلَةٌ.

(الثَّانِيَةُ): يُسْتَحَبُّ النِّكَاحُ لِمَنْ تَأَقَّتْ نَفْسُهُ إِلَيْهَا، وَمَنْ لَا، فَالْعِبَادَةُ لَهُ أَوْلَى (ح)، وَأَحَبُّ الْمُنْكَوْحَاتِ الْبِكْرُ الْوَلُودُ النَّسِيبَةُ الَّتِي لَيْسَتْ لَهُ قَرَابَةٌ قَرِيبَةً الْمَنْظُورُ (و) إِلَيْهَا قَبْلَ النِّكَاحِ؛ فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَّمَ بَيْنَهُمَا.

(الثَّالِثَةُ) النَّظَرُ إِلَيْهَا، إِذَا تَحَقَّقَتِ الرَّغْبَةُ فِي نِكَاحِهَا، وَنَحْنُ نَتَعَرَّضُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لِأَخْكَامِ النَّظَرِ جُمْلَةً، وَلَا يَنْظُرُ (ح م و) إِلَّا إِلَى وَجْهِهَا، وَلَا يَخْتَاجُ إِلَى إِذْنِهَا (م)، وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَى شَيْءٍ مِنْ بَدَنِ الْمَرْأَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ النَّاظِرُ صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ مَمْلُوكًا (ح و) لَهَا، أَوْ كَانَتْ صَبِيَّةً (و)، أَوْ رَقِيقَةً (و)، أَوْ مُحَرَّمًا، فَلْيَنْظُرْ إِلَى الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ فَقَطْ، وَالْعَوْرَةُ مِنَ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتَيْهِ فَقَطْ^(٢) (و)، وَيُبَاحُ نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، وَالْمَرْأَةِ إِلَى الْمَرْأَةِ، وَالْمَرْأَةِ إِلَى الرَّجُلِ عِنْدَ الْأَمْنِ

= تربطه بها صلة النكاح القوية التي سماها الله تعالى في كتابه العزيز ميثاقاً غليظاً حيث قال: «وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً».

وزيادة على ذلك فَإِنَّ النِّكَاحَ وسيلة إلى ارتباط الأسر، واتحادها، وإزالة ما بينها من أسباب العداوة والبغضاء، فكم من أسرتين كانت العداوة قائمة بينهما، ثم بفضل الزواج انقلبت تلك العداوة إلى محبة، فالنكاح ليس صلة بين الزوجين فحسب، بل هو صلة من الزوجين إلى أسرتيهما ومعارفهما، فيكون ذلك حلقة واسعة واتحاد الأمة، ولذلك نجد الله تعالى يمتن على عباده بالزواج، فيقول: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً».

(١) قال الرافعي: «ولم يجب عليه القسم في زوجاته» هذا وجه، والأظهر عند أكثرهم أنه كان واجباً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «إلا إذا كان الناظر صبيّاً أو مجنوناً أو مملوكاً لها، أو كانت رقيقة أو صبية أو محرماً فينظر إلى الوجه واليدين فقط» الحكم بأنه لا ينظر في هذه الصورة إلا إلى الوجه واليدين خلاف ظاهر المذهب =

مِنَ الْفِتْنَةِ إِلَّا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ، وَالْعُضْوُ الْمُبَانُ كَالْمُتَّصِلِ بِهِ، وَالنِّكَاحُ وَالْمِلْكُ يُبَيِّحَانِ النَّظَرَ إِلَى السَّوَاءَتَيْنِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَعَ كَرَاهَةٍ، وَالْمَسُّ كَالنَّظَرِ، وَهُمَا مُبَاحَانِ لِحَاجَةِ الْمُعَالَجَةِ، وَلَكِنَّ النَّظَرَ إِلَى السَّوَاءَةِ لِحَاجَةٍ مُؤَكَّدَةٍ، وَيُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَرْأَةِ؛ لِتَحْمِلِ الشَّهَادَةِ، وَإِلَى الْفَرْجِ لِتَحْمِلِ (و) شَهَادَةِ الزَّانَا^(١).

(الرَّابِعَةُ): الْخِطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ^(٢)، وَالتَّضْرِيحُ بِخِطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ حَرَامٌ، وَالتَّغْرِیضُ جَائِزٌ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَحَرَامٌ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَفِي عِدَّةِ الْبَائِنِ وَجْهَانِ^(٣)، وَيَحْرُمُ الْخِطْبَةُ عَلَى خِطْبَةِ الْغَيْرِ بَعْدَ الْإِجَابَةِ، وَالشُّكُوتُ كَالْإِجَابَةِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَيَجُوزُ الصَّدُقُ فِي ذِكْرِ مَسَاوِي الْخَاطِبِ؛ لِيُحَذَرَ.

(الخَامِسَةُ): يُسْتَحَبُّ الْخُطْبَةُ عِنْدَ الْخِطْبَةِ، وَعِنْدَ الْعَقْدِ، وَحَسَنٌ أَنْ يَقُولَ الْوَلِيُّ: الْحَمْدُ لِلَّهِ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ، زَوَّجْتُ، وَيَقُولَ الزَّوْجُ مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَقْبَلُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ لَا يَضُرُّ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي فِي الْأَرْكَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ الصَّيْغَةُ)، وَهِيَ الْإِنْكَاحُ وَالتَّزْوِيجُ، وَلَا يَقُومُ (ح م و) غَيْرُهُمَا مَقَامَهُمَا إِلَّا تَزَجَمَتَهُمَا (و)، بِكُلِّ لِسَانٍ فِي حَقِّ الْقَادِرِ وَالْعَاجِزِ جَمِيعاً، وَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالْكِنَايَةِ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ لَا يَعْلَمُ النِّيَّةَ، وَلَا التَّبَيُّعَ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ الْمُخَاطَبَ لَا يَعْلَمُ^(٤)، وَيَصِحُّ الطَّلَاقُ وَالْإِبْرَاءُ وَالْفَسْخُ وَمَا يَسْتَقِلُّ بِهِ، وَهَلْ يَكْفِي أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ: قَبِلْتُ، أَوْ لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٥)، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِالاسْتِجَابِ وَالْإِجَابِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنِ دَمِ الْعَمْدِ وَالْكِتَابَةِ أَوَّلَى بِالْإِنْعِقَادِ، وَفِي الْبَيْعِ قَوْلَانِ. وَقِيلَ يَطْرُدُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْجَمِيعِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ^(٦).

وَلَا يَقْبَلُ النِّكَاحُ التَّعْلِيقَ، فَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ وَلَدِي أُتْنَى، فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، لَمْ يَصَحَّ (و)^(٧)، وَإِنْ كَانَتْ أُتْنَى، وَلَوْ قَالَ زَوَّجْتُكَ أُبْتِنَى، عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي أُبْنَتَكَ، وَيَضَعُ كُلُّ وَاحِدٍ صَدَاقَ الْآخَرَى، لَمْ

= أما في الممسوح ومملوك المرأة فإذا جوزنا النظر كان كالنظر إلى المحارم، وأما [في] الصبية، فمن جوز النظر عممه في جميع أعضائها سوى الفرج، وأما في المحرم فلا خلاف في جواز النظر إلى ما يبدو عند المهنة، والأصح فيما سواه الجواز أيضاً، إلا فيما بين السرة والركبة، وللريقة كالمحرم. [ت]

(١) قال الرافعي: «ويباح النظر إلى وجه المرأة لتحمل الشهادة، وإلى الفرج لتحمل شهادة الزنا» معاذ في الشهادات مع زيادات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «الخطبة مستحبة لا يكاد يوجد التعرض في كتب الأصحاب. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وفي عِدَّة البائنة وجهان» المشهور قولان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولا ينعقد النكاح بالكنية... إلى قوله: لأن المخاطب لا يعلم» قد سبق هذا في أول البيع. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وهل يكفي أن يقول الزوج: قبلت، أو لا بد أن يقول: قبلت نكاحها؟ فيه وجهان»، المشهور قولان. [ت]

(٦) قال الرافعي: «والأصح أنه ينعقد النكاح بالاستيجاب والإيجاب... إلى قوله: وهو القياس» قد مرَّ في البيع طرف من الكلام في الإيجاب والإيجاب في البيع والنكاح معاً. [ت]

(٧) في أ: (ح)

يَصِحَّ (ج)؛ لِأَنَّهُ الشَّغَارُ الْمَنْهِيُّ عَنْهُ^(١)؛ وَلِأَنَّهُ إِشْرَاكَ فِي الْبُضْعِ، فَإِنْ تَرَكَ جَعَلَ

(١) قال الرافعي: «لأنه الشغار المنهي عنه»

روى الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «نهى عن الشغار». والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق وأخرجه البخاري عن عبدالله بن يوسف، ومسلم عن يحيى بن يحيى عن مالك. [ت] النهي عن نكاح الشغار ورد عن ابن عمر وأبي هريرة وأنس وجابر ومعاوية وعمران بن حصين وأبي بن كعب وعبدالله بن عمرو بن العاص وسمرة ووائل بن حجر وابن عباس.

أما حديث ابن عمر فأخرجه مالك (٥٣٥/٢) كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من النكاح، الحديث (٢٤). وأحمد (٦٢/٢). والبخاري (١٦٢/٩) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٥١١٢). ومسلم (١٠٣٤/٢) كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار الحديث (١٤١٥/٥٧). والدارمي (١٣٦/٢) كتاب النكاح باب النهي عن الشغار. وأبو داود (٥٦٠/٢) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٢٠٧٤) والترمذي (٤٣١/٣، ٤٣٢) كتاب النكاح، باب النهي عن نكاح الشغار الحديث (١١٢٤) والنسائي (١١٠/٦) ككتاب النكاح، باب الشغار. وابن ماجه (١٠٦/١) كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار، الحديث (١٨٨٣). وعبد الرزاق (١٨٤/٦) رقم (١٠٤٣٣). والشافعي في «الأم» (٧٦/٥) كتاب الشغار. وابن الجارود (٧١٩، ٧٢٠). وأبو يعلى (١٦٩/١٠) رقم (٥٧٩٥). وابن حبان (٤١٦٠ - الإحسان). وأبو نعيم في «الحلية» (٣٥١/٦). والبيهقي (٩٩/٧) كتاب النكاح، باب الشغار كلهم من طريق نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار. قال نافع والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

حديث أبي هريرة.

أخرجه أحمد (٤٣٩/٢). ومسلم (١٠٣٥/٢) كتاب النكاح باب تحريم نكاح الشغار، الحديث (١٤١٦/٦١). والنسائي (١١٢/٦) كتاب النكاح - باب تفسير الشغار. وابن ماجه (٦٠٦/١) كتاب النكاح - باب النهي عن الشغار الحديث (١٨٨٤). والبيهقي (٢٠٠/٧) كتاب النكاح - باب الشغار عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار والشغار أن يقول الرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني اختك وأزوجك اختي ولفظ النسائي نهى عن الشغار قال عبيدالله: والشغار كان الرجل يزوج ابنته على أن يزوجه اخته.

وحديث أنس

أخرجه عبد الرزاق (١٨٤/٦) الحديث (١٠٤٣٤) وأحمد (١٦٥/٣) والنسائي (١١١/٦) كتاب النكاح - باب الشغار. وابن ماجه (٦٠٦/١) كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار الحديث (١٨٨٥). والبيهقي (٢٠٠/٧) كتاب النكاح - باب الشغار. وابن حبان (١٢٦٩ - موارد) بلفظ «لا شغار في الإسلام».

حديث جابر

أخرجه مسلم (١٠٣٥/٢) كتاب النكاح - باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه - الحديث (١٤١٧/٦٢). والبيهقي (٢٠٠/٧) كتاب النكاح - باب الشغار -. وأحمد (٣٢١/٣، ٣٣٩) قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار.

حديث معاوية

أحمد (٩٤/٤). وأبو داود (٥٦١/٢) كتاب النكاح باب في الشغار - الحديث (٢٠٧٥). والبيهقي (٢٠٠/٧) كتاب النكاح - باب الشغار - من طريق محمد بن اسحاق ثنا عبدالرحمن بن هرمز الاعرج أن العباس بن عبدالله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وقد كان جعله صداقاً فكتب معاوية إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم.

حديث عمران بن حصين

أحمد (٤٤٣/٤)، والترمذي (٤٣١/٣) كتاب النكاح - باب النهى عن نكاح الشغار - الحديث (١١٢٣). والنسائي (١١١/٦) كتاب النكاح - باب في الشغار - . وابن حبان (١٢٧٠ - موارد) بلفظ لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام ومن انتهب نهبه فليس منا.

وقال الترمذي؛ حسن صحيح

حديث أبي بن كعب

أخرجه الطبراني في «الصغير» (١٥٨/١) من طريق يوسف بن خالد السمتي عن موسى بن عقبة عن اسحاق بن يحيى بن الوليد بن عباد بن الصامت عن أبي بن كعب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا شغار في الإسلام قالوا: يا رسول الله وما الشغار قال: نكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما. وقال الطبراني: لم يروه عن موسى بن عقبة إلا يوسف ولا يروى عن أبي بن كعب إلا بهذا الاسناد. وذكره الهيثمي في «المجمع» (٢٦٩/٤) وقال: رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه يوسف بن خالد السمتي ضعيف والسند أيضاً منقطع أ.هـ.

ويوسف بن خالد السمتي كذاب

حديث عبدالله بن عمرو بن العاص

أخرجه أحمد (٢١٥/٢). من طريق ابن اسحاق حدثني عبد الرحمن بن الحارث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شغار في الإسلام قال الهيثمي في المجمع: (٢٦٩/٤): رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح خلا ابن اسحاق وقد صرح بالحديث.

حديث سمرة

أخرجه البزار (١٦٦/٢ - كشف) رقم (١٤٣٩) ثنا خالد بن يوسف ثنا أبي يوسف؛ يوسف بن خالد ثنا جعفر بن سعد بن سمرة ثنا خبيب بن سليمان عن أبيه سليمان بن سمرة عن سمرة بن جندب فذكر أحاديث بهذا ثم قال وبإسناده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن الشغار بين النساء. وقال الهيثمي في «المجمع» (٢٦٩/٤): رواه البزار والطبراني واسنادهما ضعيف.

حديث وائل بن حجر

أخرجه البزار (١٦٦/٢ - كشف) رقم (١٤٤٠) من طريق سعيد بن عبد الجبار بن وائل بن حجر عن أبيه عن أمه عن وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار. وقال الهيثمي في «المجمع» (٢٦٩/٤): رواه البزار وفيه سعيد بن عبد الجبار ضعفه النسائي.

حديث ابن عباس

أخرجه الطبراني كما في «المجمع» (٢٧٠/٤) عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ليس منا من يتنهب ولا شغار في الإسلام» والشغار: أن تنكح المرأتان إحداهما بالأخرى بغير صداق

البُضْعُ صَدَاقًا، فِيهِ الصَّحَّةُ وَجَهَانٌ، وَلَا يَجُوزُ (م) تَأْقِيطُ النِّكَاحِ، وَهُوَ الْمُتَعَةُ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمَحَلُّ)؛ وَهِيَ الْمَرْأَةُ الْخَلِيَّةُ عَنِ الْمَوَانِعِ؛ مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مُنْكَوْحَةً الْغَيْرِ، أَوْ مُرْتَدَّةً، أَوْ مُعْتَدَةً^(١)، أَوْ مَجْوسِيَّةً، أَوْ زَنْدِيقَةً، أَوْ كِتَابِيَّةً بَعْدَ الْمَبْعَثِ، أَوْ رَقِيقَةً، (ح) وَالتَّائِيحُ قَادِرٌ عَلَى حُرَّةٍ، أَوْ مَمْلُوكَةٍ التَّائِيحِ بَعْضُهَا أَوْ كُلُّهَا، أَوْ مِنَ الْمَحَارِمِ، أَوْ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ، أَوْ تَحْتَهُ مَنْ لَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، أَوْ مُطْلَقَةً ثَلَاثًا، لَمْ يَطَّأَهَا زَوْجٌ آخَرُ، أَوْ مُلَاعِنَةً (ح)، أَوْ مُخْرَمَةً (ح) بِحِجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، أَوْ ثِيَابًا صَغِيرَةً (ح)، أَوْ يَتِيمَةً (ح)، أَوْ زَوْجَةً رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٢).

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ): الشُّهُودُ (م)، فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ إِلَّا بِحَضْرَةِ عَدْلَيْنِ (م) مُسْلِمَيْنِ (ح) حُرَّيْنِ بَالِغَيْنِ سَمِيعَيْنِ بَصِيرَيْنِ ذَكَرَيْنِ (ح)^(٣) مَقْبُولِي الشَّهَادَةِ لِلزَّوْجَيْنِ وَعَلَيْهِمَا، لَيْسَا بِعَدُوَّيْنِ وَلَا أَبْنَيْنِ وَلَا أَبَوَيْنِ لِهَمَّا، وَيَكْفِي حُضُورُ مُسْتَوْرِي الْعَدَالَةِ دُونَ مُسْتَوْرِي الرِّقِّ فَإِنْ بَانَ كَوْنُهُ فَاسِقًا عِنْدَ الْعَقْدِ، تَبَيَّنَ الْبُطْلَانُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يُتَبَيَّنُ بِحُجَّةٍ، أَوْ تَذَكَّرَ أَنَّهُ فَاسِقٌ، لَا بِاعْتِرَافِ الْمُسْتَوْرِ، فَإِذَا عَرَفَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِسْقَهُ عِنْدَ الْعَقْدِ، لَمْ يَنْعَقِدْ، فَإِنْ أَقَرَّ الزَّوْجُ بِأَنَّهُ عَرَفَ فِسْقَهُ، وَأَنْكَرَتْ، بَانَ مِنْهُ، وَوَجِبَ شَطْرُ الْمَهْرِ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الْمَسِيسِ، وَتَوَبُّهُ الْمُغْلِنِ عِنْدَ الْعَقْدِ تُلْحَقُهُ بِالْمُسْتَوْرِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْعَاقِدُ)، وَهُوَ الْوَلِيُّ وَالزَّوْجُ؛ إِذْ لَا عِبَارَةَ (ح م) لَهَا فِي شِقَائِ عَقْدِ النِّكَاحِ وَكَالَتِهِ، وَوِلَايَتِهِ، وَأَسْتِقْلَالِهِ، مِنْ كُفٍّ وَغَيْرِ كُفٍّ، دَنِيَّةً كَانَتْ أَوْ شَرِيفَةً، وَإِقْرَارُ الْبَالِغَةِ مَقْبُولٌ (و م) فِي الْجَدِيدِ إِنْ أَضَافَتْ التَّزْوِيجَ إِلَى الْوَلِيِّ وَصَدَّقَهَا^(٤)، فَإِنْ لَمْ تُضَفْ إِلَيْهِ وَكَذَّبَهَا، فَفِيهِ خِلَافٌ (و)، وَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ غَائِبًا، سَلَّمَتْ فِي الْحَالِ إِلَى الزَّوْجِ لِلضَّرُورَةِ، وَإِقْرَارُ الْوَلِيِّ الْمُخْبِرِ نَافِذٌ إِذَا أَقَرَّ فِي حَالِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْإِجْبَارِ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ بِالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ بِلَا وَلِيِّ، وَلَا حَدٌّ لِلشُّبْهَةِ (و)، وَلَا يُنْقَضُ (و) قَضَاءُ الْحَتْفِيِّ بِصِحَّةِ هَذَا النِّكَاحِ.

= وقال الهيثمي: رواه الطبراني، وفيه أبو الصباح عبد الغفور وهو متروك.

(١) قال الرافعي: «المرأة الخلية عن الموانع مثل أن تكون منكوحة الغير أو معتدة إلى آخر الفصل...» هي

تراجم وسيعود إلى التفصيل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أو زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم» هذا قد مرَّ القول في تحريمها. [ت]

(٣) في أ: (م).

(٤) قال الرافعي: «وإقرار البالغة مقبول إن أضافت التزويج إلى الولي وصدقها» قضية اعتبار التصديق لقبول

الإقرار والمفهوم مما أجراه الأئمة أنه يكفي ألا يكذبها، فإن كذب ففيه الخلاف. [ت]

وَفِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْأُولِيَاءِ بَابَانِ: (البَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْأُولِيَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ ثَمَانِيَّةٌ):

(الفصل الأول: في أسباب الولاية)، وهي أربعة:

(الأول) الأبوة (و م)، وفي معناها الجدودة، وتفيد ولاية الإخبار على البكر، وإن كانت بالغا (ح و)، لا على النيب، وإن كانت صغيرة (ح)، سواءً ثابت بالزنا (م ح و)، أو بوطء حلال، ولا أثر (و) لزوال الجلد بالسقطة (و)، ولو ألتصت البكر البالغة التزويج، وجبت (و) الإجابة، وإن كانت مجبرة، فإن عضل، روج السلطان، والكف الذي عيّن أولى ممن عيّنه الولي؛ على وجه.

(الثاني: المصوبة؛ كالأخوة والعمومة، ولا يفيد إلا تزويج البالغة (ح) العاقلة برضاها الصريح، إن كانت ثيباً، وبسكويتها إن كانت بكرًا، على رأي (ح).

(الثالث: المعتق)، وهو كالعصبات.

(الرابع السلطان)، وإنما يزوج البالغة^(١) عند عدم الولي، أو عضله، أو غيبته (ح)، أو أراد الولي أن يتزوج بنفسه؛ كأبن عم، أو معتق، أو قاضي، وليس للسلطان (ح) تزويج الصغيرة، ولا للوصي (م) ولاية، وإن فوض إليه^(٢) (ح).

الفصل الثاني: في ترتيب الأولياء، والأصل القرابة، ثم الولاء، ثم السلطنة، ومن الأقارب الأب، ثم الجد (م)، ثم الأخ، ثم ابنة، ثم العم، ثم ابنة؛ على ترتيبهم في عضوية الميراث، والأخ من الأب والأم لا يقدم (ز ح م) على الأخ من الأب في النكاح؛ على قول، وإن قدم في الميراث وصلاة الجنائز والوصية للأقرب^(٣)، والأبن لا يزوج (ح و) أمه بالبوة (ح و)، ولا تمنعه البوة عن التزويج بالولاء وغيره، وأما المعتق إذا مات، فعصباته، ثم معتقه ثم عصبات معتقه، وترتيب عصبات المعتق كعصبات القرابة، إلا أن أخ المعتق يقدم على جده؛ على رأي^(٤)، ويساويه؛ على رأي، وأبن الأخ أيضاً يقدم؛ في وجه، ويؤخر؛ في وجه؛ لبغده، وأبن المعتق مقدم على أبيه؛ لأنه العصب، وإذا أعتقت المرأة، فلها الولاء، وتزويج العتيقة إلى ولي السيدة (و)، ولا

(١) قال الرافعي: «وإنما يزوج البالغة» هذا فيه غنية عن قوله من بعد، «وليس للسلطان تزويج الصغيرة عند عدم الولي أو عضله أو غيبته أو أراد الولي أن يتزوج» بيان موانع تزويج السلطان في هذا الموضع غير محتاج إليه بل هو معلوم مما ذكر في غير هذا الموضع أما قوله عند عدم الولي: فهو معلوم من ترتيب الأولياء، وأما عند العضل فلقلوله في السبب الأول فإن عضل روج السلطان وأما عند الغيبة ورغبة الولي في نكاحها فهما مذكوران في فصلين من الباب. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا للوصي ولاية وإن فوض إليه» قد مر في الوصايا. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن قدم في الميراث وصلاة الجنائز والوصية للأقرب» والمقصود الإشارة إلى الفرق قد سبقت هذه الصورة على اختلاف في صلاة الجنائز والوصية للأقرب [ت].

(٤) قال الرافعي: «إلا أن أخ المعتق يقدم على جده على رأي» أي: قول [ت].

يُنْفَقَرُ إِلَى رِضَا السَّيِّدَةِ؛ عَلَى الْأَشْهَرِ، وَيُزَوِّجُهَا أَبُو السَّيِّدَةِ فِي حَيَاتِهَا، وَأَنْتَهَا (و) بَعْدَ وَفَاتِهَا، وَالرَّقِيقَةُ نِصْفُهَا يُزَوِّجُهَا الْمَالِكُ مَعَ الرَّبِّ أَوْ مَعَ الْمُعْتَقِ، أَوْ مَعَ الْقَاضِي، فَبِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ.

(الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي سَوَالِبِ الْوِلَايَةِ) وَهُوَ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ: الرَّقْ)؛ فَلَا وِلَايَةَ لِرَقِيقٍ، وَلَهُ عِبَارَةٌ فِي الْقَبُولِ، وَفِي التَّزْوِيجِ بِالْوَكَالَةِ^(١) (و)؛ يَأْذِنُ السَّيِّدُ وَغَيْرُ إِذْنِهِ^(٢) (و).

(الثَّانِي مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ)؛ كَالصَّبَا، وَالْجُنُونِ، وَالْعَتَمَةِ، وَالسَّفَهَةِ، وَالسُّكْرِ، وَالْمَرَضِ الشَّدِيدِ الْمُتْلِهِ يَنْقُلُ الْوِلَايَةَ إِلَى الْأَبْعَدِ، وَالْإِغْمَاءُ يَنْقُلُهَا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَى السُّلْطَانِ^(٣)، وَالْجُنُونُ الْمُتَقَطِّعُ يَنْقُلُ (و) إِلَى الْأَبْعَدِ^(٤)، وَالْعَمَى لَا يَفْدَحُ؛ عَلَى وَجْهِ.

(الثَّلَاثُ): الْفُسْقُ (ح) يَسْلُبُ الْوِلَايَةَ؛ عَلَى أَوْجُهَيْنِ الْقَوْلَيْنِ^(٥)، وَالْكَفْرُ لَا يَسْلُبُهَا (و)، بَلْ وَلِيُّ الْكَافِرَةِ كَافِرٌ، وَإِنَّمَا يَسْلُبُهَا اخْتِلَافُ الدِّينِ لِسُقُوطِ النَّظَرِ.

(الرَّابِعُ): الْإِحْرَامُ يَسْلُبُ (ح م) عِبَارَةُ الْعَقْدِ رَأْسًا، وَهَلْ يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْعِقَادِ بِشَهَادَةٍ، وَمِنْ الرَّجْعَةِ، وَيَعْدُ التَّحْلِيلُ الْأَوَّلُ؟ فِيهِ خِلَافٌ^(٦)، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَسْلُبُ^(٧)، بَلْ يَنْقُلُ إِلَى السُّلْطَانِ؛ كَالْغَيْبَةِ (ح م) إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ أَوْ مَسَافَةِ الْعَدُوِّ؛ عَلَى وَجْهِ؛ حَتَّى لَا يَنْعَزَلَ وَكَيْلُ الْمُخْرِمِ، كَمَا لَا يَنْعَزِلُ وَكَيْلُ الْغَائِبِ، وَإِنْ كَانَ الْأَظْهَرُ أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَتَعَاطَى فِي حَالَةِ إِحْرَامِ الْمُوَكَّلِ بَلْ بَعْدَهُ^(٨).

(١) قال الرافعي: «وله عبارة في القبول وفي التزويج بالوكالة» وجهان مذكوران في باب الوكالة وبيننا هناك أن الأظهر عند عامة الأصحاب المنع. [ت]

(٢) قال الرافعي: وفي التزويج بالوكالة يأذن السيد ودون إذنه» قد مر في الوكالة، ذكر وجهين في توكيل العبد عن غيره في قبول النكاح بغير إذن السيد، وقد بينا حال الوجهين في الفصل الخامس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وللإغماء ينقلها بعد ثلاثة أيام إلى السلطان» هذا شيء اختاره من عنده، وقال الأصحاب: إن كان مما لا يدوم غالباً فينتظر إفاقته، وإن كان يدوم يومين وأكثر فلا تنقل الولاية إلى الأبعد على أظهر الوجهين: قال في التهذيب: ينتظر إفاقته. [ت]

(٤) قال الرافعي: «والجنون المتقطع ينقل الولاية إلى الأبعد» هذا وجه، والظاهر أنه لا يزِيلُ الولاية بل ينتظر حتى يفيق. [ت]

(٥) قال الرافعي: «الفسق يسلب الولاية على أضعف القولين» هكذا يذكر أكثر المتأخرين، فظاهر مذهب الشافعي أنه يسلبها. [ت]

(٦) قال الرافعي: «وهل يمنع من الانعقاد بشهادة ومن الرجعة، وبعد التحلل الأول؟ فيه خلاف» ذكر في الحج قولين في النكاح بين التحللين وفيه كفاية. [ت]

(٧) قال الرافعي: «الإحرام يسلب عبارة العقد رأساً إلى أن قال: وقيل إنه لا يسلب إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأرجح عند المعظم الثاني. [ت]

(٨) قال الرافعي: «وإن كان الأظهر أنه لا يتعاطى في حالة إحرام الموكل، بل بعده» فيه إثبات خلاف في المسألة، ولم أجد حكاية خلاف فيه في غير هذا الكتاب. [ت]

(الفصل الرابع: في تولي طرفي العقد)، والأب يتولى (ح) طرفي العقد في مال طفله، ولا يتولى الجد (ح م) طرفي النكاح على حفيديه؛ على أحد الوجهين للتعدد، والقاضي والمعتق وأبْن العم ليس لهم (ح م و) تولي طرفي النكاح^(١)، ولا يكفيهم التوكيل، بل يُزوج منهم الحاكم والإمام الأعظم يتولى الطرفين؛ على وجه، والتوكيل من الجانبين لا يتولى طرفي البيع والنكاح^(٢) (ح).

(الفصل الخامس: في التوكيل)، وللمجبر^(٣) أن يوكل، وعليه تعيين الزوج؛ في قول^(٤)، وإذا أذنت لغير المجبر من غير تعيين زوج، جاز؛ في أقوى القولين^(٥)، وإذا قالت: زوّجني بمن شئت، لم يُزوج إلا من كفء، وإذا منعت غير المجبر من التوكيل، لم يوكل، وإن أطلقت الإذن، كان له التوكيل في أحد الوجهين^(٦)، وليقل الولي للتوكيل بالقبول: زوّجت من فلان، ولا يقول: زوّجت منك ويقول التوكيل قبلت لفلان، فلو قال قبلت لم يكف في أحد الوجهين، ولو قبل نكاحاً، وتولى مؤكّله، لم يقع للموكل؛ بخلاف البيع.

(الفصل السادس: فيما يجب على الولي)، ويجب (و) على الأخ الإجابة، إذا طلبت النكاح، إن كان متعیناً، فإن كان له أخ آخر، لم يجب؛ في وجه، وإن عضلوا، زوج السلطان، وعلى المجبر تزويج المجنونة، إذا تافقت، ولا يجوز تزويج من الصغير، ولا تزويج الصغيرة قبل البلوغ^(٧)، ويجب حفظ مال الطفل، واستنماؤه قدرًا لا يأكله الثففة، فإن تبرم الولي به، فله أن يستأجر من يعمل، وله أن يأخذ (و) أجره يقدرها القاضي له^(٨)، ويجب عليه البيع، إذا طلب متاعه بزيادة، وكذلك الشراء إذا بيع رخيصاً، إذا لم يشتري لنفسه، وإذا قبل النكاح لابنه، لم يصير ضامناً للمهر في الجديد، وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل، لم يكن للأب (و) أخذ الأجرة؛ وللام أجره

(١) قال الرافعي: «والقاضي وابن العم والمعتق ليس لهم تولي طرف النكاح» صورة ابن العم مذكورة في

الوكالة مع حكاية خلاف فيه حيث قال أجازته ابن سريج في تولي ابن العم طرفي النكاح. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والتوكيل من الجانبين لا يتولى طرفي البيع والنكاح» قد سبق هذا في «النكاح» مع حكاية الخلاف فيه. [ت]

(٣) في أ: المولى المجبر.

(٤) قال الرافعي: «وعليه تعيين الزوج في قول» قيل: هو وجه. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإذا أذنت لغير المجبر من غير تعيين زوج جاز في أقوى القولين» قيل: هما وجهان. [ت]

(٦) قال الرافعي: «فإن أطلقت الإذن كان له التوكيل في أحد الوجهين» قد ذكر في «الوكالة» حيث قال: وفي توكيل الولي الذي لا يجبر تردد. [ت]

(٧) قال الرافعي: «ولا يجوز تزويج الصغيرة، ولا تزويج الصغير قبل البلوغ» لا حاجة إلى قوله «قبل البلوغ». [ت]

(٨) قال الرافعي: «وله أن يأخذ أجره يقدرها القاضي له» هذا احتمال ذكره الإمام، والذي يوافق كلام الأكثرين، وذكر الإمام أنه أظهر أنه إذا طلب من القاضي أن يثبت له أجره على عمله لا يجيبه إليه، إلا إذا كان فقيراً يقطع عن كسبه فله أن يأكل منه بالمعروف. [ت]

الإرضاع، وَإِنْ وَجَدْنَا (و) أَجْنَبِيَّةً مُتَبَرِّعَةً^(١).

(الفصل السابع: في الكفاءة) وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ فِي خَفْسٍ خِصَالٍ (ح م و): النَّقَاءُ (ح) مِنَ الْعُيُوبِ الَّتِي تُثَبِّتُ الْخِيَارَ، وَالْحُرِّيَّةُ وَالنَّسَبُ إِلَى شَجَرَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَإِلَى الْعُلَمَاءِ، وَالصُّلَحَاءِ الْمَشْهُورِينَ دُونَ الْخَامِلِينَ^(٢)، وَالصَّلَاحُ فِي نَفْسِ النَّكِحِ، دُونَ الْاِسْتِهَارِ، وَالتَّنْقِي (ح) مِنَ الْحِرَفِ الدِّينِيَّةِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى حِسَةِ النَّفْسِ، وَالْيَسَارُ (ح) لَا يُعْتَبَرُ فِي أَشْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْجَمَالُ لَا يُعْتَبَرُ أَصْلًا، وَلَا يُجْبَرُ فَضِيلَةٌ نَسَبِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِفَضِيلَةِ أُخْرَى، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ فَقَدْ تَقْضِي الْعَادَةُ بِجَبْرِ نَقِيصَةٍ بِفَضِيلَةٍ^(٣)؛ بِحَيْثُ يَنْتَفِي الْعَارُ، وَالْكَفَاءَةُ حَقُّهَا وَحَقُّ الْأُولِيَاءِ، فَإِنْ رَضُوا بِتَرْكِهَا، جَازَ (ح)، فَيَحِلُّ لِغَيْرِ الْعَلَوِيِّ نِكَاحُ الْعَلَوِيَّةِ، وَإِنْ رَضِيَ الْأُولِيَاءُ، فَلِلْمَرْأَةِ الْإِبَاءُ، وَإِنْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ وَلَدِيَّ وَاحِدًا، فَلِلْبَاقِينَ فَسْخُ النَّكَاحِ (ح)؛ فِي قَوْلِي. وَلَا يَنْعَقِدُ النَّكَاحُ أَصْلًا (ح)؛ فِي قَوْلِي، وَلَا يَصِحُّ تَزْوِيجُ الْأَبِ الصَّغِيرَةِ مِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَصِحُّ وَلَهَا الْخِيَارُ، إِذَا بَلَغَتْ [ح و]^(٤)، وَيَجُوزُ أَنْ يُزَوَّجَ مِنَ الصَّغِيرِ غَيْرَ كُفَاءٍ.

(الفصل الثامن: في تزاحم الأولياء)، فَإِذَا اجْتَمَعَ إِخْوَةٌ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّزْوِيجِ مِنْ كُفَاءٍ بَرِّصَاهَا، لَكِنَّ الْأَوَّلَى التَّفْوِيزُ إِلَى الْأَسَنِّ وَالْأَفْضَلِ، وَإِنْ تَزَاحَمُوا، أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ بَادَرَ مَنْ لَمْ تَخْرُجْ قُرْعَتُهُ، اْتَعَقَدَ، وَإِنْ بَادَرَ اثْنَانِ، وَعَقَدَا مَعَ شَخْصَيْنِ، فَالصَّحِيحُ السَّابِقُ، وَإِنْ أُمِكنَ وَقُوعُهُمَا مَعًا، اِنْدَفَعَا، فَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ، وَنَسَبْنَا السَّابِقَ، بَقِيَ النَّكَاحُ (و) مَوْقُوفًا أَبَدًا، وَإِنْ لَمْ يُعْرِفِ السَّابِقُ مِنْهُمَا أَصْلًا، يُفْسَخُ النَّكَاحُ؛ لِلتَّعَذُّرِ؛ فِي قَوْلِي، وَيَتَوَقَّفُ فِي قَوْلِي، وَالْقَاضِي يُنْشِئُ الْفَسْخَ، وَقِيلَ: لِلْمَرْأَةِ ذَلِكَ، وَقِيلَ: لِلزَّوْجَيْنِ أَيْضًا ذَلِكَ، وَعَلَيْهِمَا التَّفَقُّهُ (و) قَبْلَ الْفَسْخِ؛ لِلْحَبْسِ، وَلَا

(١) قال الرافعي: «وللام أجره الإرضاع، وإن وجدنا متبرعة أجنبية» المسألة معادة في «النفقات» وفيها خلاف ذكره هناك، والمذكور هناك مغني عما ذكره ها هنا. [ت]

وقال الرافعي أيضاً: «وللام أجره الإرضاع وإن وجدنا أجنبية متبرعة» هذا قول والأظهر خلافه، والمسألة منقولة في النفقات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والنسب إلى شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وإلى العلماء والصلحاء المشهورين دون الخاملين». اتبع فيه الإمام حيث قال: النسب المؤثر الإلتزام إلى شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم، والانتفاء إلى العلماء الحكماء والانتفاء إلى أهل الصلاح والتقوى بشرط الشهرة، ولا عبرة بالانتفاء إلى عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وكلام أكثر الأصحاب يشعر باعتباره أيضاً، فإن عرف العجم في الكفاءة مرعى كعرف العرب. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وما وراء ذلك، فقد تقضي العادة بجبر نقیصة بفضيلة» هذا يخالف ما أطلقه الأكثرون قالوا: لا تزوج مسلمة دينة من معيب بنسب، ولا حرة فاسقة من عبد غفیف، ولا عربية فاسقة من عجمي غفیف، ولا عقیفة رقیفة من فاسق حر، وتكفي صفة النقص مانعة من الكفاءة، وما فضله الإمام، فقال: السلامة من العيوب والحرية والنسب لا يقابل بسائر فضائل الزوج، وعفة الزوج هل تجبر دناءة نسبه؟ فيه وجهان والنقص من الحرف الدنيئة يعارضه الصلاح، وكذا اليسار إن اعتبرناه يقابل سائر الفضائل. [ت]

(٤) سقط من أ.

مَهْر؛ لِعَدَمِ الْبَقِيَّةِ، فَإِنْ أَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهَا الْعِلْمَ بِالسَّنَةِ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَخْلِفَ، فَإِنْ حَلَفَتْ، بَقِيَ التَّدَاعِي بَيْنَهُمَا، فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، ثَبَتَ النِّكَاحُ لَهُ، وَإِنْ أَقَرَّتْ لِوَاحِدٍ، فَلِلثَّانِي أَنْ يُحْلِفَهَا؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ أَقَرَّتْ لِلثَّانِي، لَعَرِمَتْ لَهُ (و)، وَإِنْ نَكَلَتْ، اسْتَحَقَّ الثَّانِي بِالْيَمِينِ الْمَزْدُودَةِ الْعَزْمَ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الزَّوْجِيَّةَ؛ وَكَأَنَّ إِفْرَازَهَا لِلأَوَّلِ أَوْجِبَ الْحَقَّ بِشَرْطِ أَنْ تَخْلِفَ لِلثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ وَاحِدُ الْعِلْمِ عَلَيْهَا، لَكِنْ أَدْعَى عَلَيْهَا زَوْجِيَّةً مُطْلَقَةً، فَبِي سَمَاعٍ مِثْلِ هَذِهِ الدَّعْوَى وَجْهَانِ، وَلَوْ أَدْعَى عَلَى الْوَلِيِّ، فَبِي سَمَاعٍ الدَّعْوَى عَلَى الْوَلِيِّ وَتَخْلِيْفِهِ وَجْهَانِ؛ عَلَى الْإِطْلَاقِ.

البَابُ الثَّانِي: فِي الْمَوْلِيِّ عَلَيْهِ

وَلَا يُؤْلَى فِي النِّكَاحِ إِلَّا عَلَى نَاقِصٍ بِصَغَرٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ سَفَهٍ أَوْ رِقٍّ أَوْ أُنُوثَةٍ، وَقَدْ سَبَقَ حُكْمُ الْأُنُوثَةِ وَالصَّغَرِ.

(أَمَّا الْمَجْنُونُ الْكَبِيرُ)، فَلِلْأَبِ التَّزْوِيجُ مِنْهُ عِنْدَ ظُهُورِ الْحَاجَةِ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى وَاحِدَةٍ، وَإِنْ كَانَ لَهُ أَنْ يَزُوجَ مِنَ الصَّغِيرِ الْعَاقِلِ أَرْبَعًا (و)، وَلَا يَزُوجُ مِنَ الْمَجْنُونِ الصَّغِيرِ فِي وَجْهِ.

وَأَمَّا الْمَجْنُونَةُ، فَيُزَوِّجُهَا بِمُجَرَّدِ الْمَصْلَحَةِ، صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً، بِكَرَاهَةٍ أَوْ تَيْبًا، وَفِي النَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَزُوجُهَا، وَإِذَا بَلَغَتْ عَاقِلَةً، ثُمَّ جُنَّتْ، عَادَتْ الْوِلَايَةُ لِلْأَبِ، فِي الْأَصَحِّ^(١) (و)، وَالتَّيْمَةُ الْبَالِغَةُ الْمَجْنُونَةُ يَزُوجُهَا (و) السُّلْطَانُ عِنْدَ ظُهُورِ الْحَاجَةِ، وَيُشَاوِرُ أَقَارِبَهَا، وَالْمُشَاوَرَةُ وَاجِبَةٌ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: يَزُوجُ بِمُجَرَّدِ الْمَصْلَحَةِ دُونَ الْحَاجَةِ.

(وَأَمَّا السَّفِيهَ)، فَلَا يُجَبِّرُ، لِأَنَّهُ بَالِغٌ، وَلَا يَسْتَقِيلُ؛ لِأَنَّهُ سَفِيهٌ، لَكِنْ يَتَزَوَّجُ (و) بِإِذْنِ الْوَلِيِّ بَعْدَ تَعْيِينِ الْوَلِيِّ الْمَرَاةَ، ثُمَّ يَتَقَيَّدُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ قَدَّرَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ، وَزَادَ السَّفِيهَ سَقَطَتِ الزِّيَادَةُ، وَصَحَّ الْعَقْدُ (و) وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنِ الْمَرَاةَ، صَحَّ الْإِذْنُ، فِي وَجْهِ، ثُمَّ عَلَيْهِ أَنْ يَنْكِحَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ بِشَرْطِ (و) أَلَّا يَنْكِحَ، عَلَى خِلَافِ الْمَصْلَحَةِ، شَرِيفَةً يَسْتَغْرِقُ مَهْرٌ مِثْلَهَا مَالَهُ، وَإِنْ نَكَحَ بغيرِ إِذْنِ، فَسَدَ، وَلَمْ يَجِبِ الْمَهْرُ بِوَطْنِهِ؛ كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا وَأُتْلِفَ.

وَقِيلَ: يَجِبُ تَعَبُّدًا.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَقْلُ مَا يُتِمُّوْلُ.

فَإِذَا أَلْتَمَسَ النِّكَاحَ، فَأَبَى الْوَلِيُّ، أِذْنُ السُّلْطَانِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ، صَحَّ اسْتِقْلَالُهُ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَهُ

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِذَا بَلَغَتْ عَاقِلَةً، ثُمَّ جُنَّتْ عَادَتْ الْوِلَايَةُ لِلْأَبِ فِي الْأَصَحِّ» ذَكَرَهُ مَرَّةً فِي الْحَجَرِ حَيْثُ قَالَ: وَكَذَا فِي الْجُنُونِ الطَّارِئِ بَعْدَ الْبُلُوغِ. [ت]

أَنْ يُطْلَقَ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحَجَرِ طَلَاقٌ^(١) وَأَمَّا الرَّقُّ فَلِلسَّيِّدِ إِنْجَبَارُ الْأَمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ (م ح) إِنْجَبَارُ الْعَبْدِ؛ فِي قَوْلٍ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، فَإِذَا طَلَبَ الرَّقِيقُ النِّكَاحَ؛ لَمْ يُجِبِ الْإِجَابَةَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٢) (و)، وَالصَّحِيحُ أَنَّ سَبَبَ هَذَا التَّصْرِيفِ الْمِلْكُ؛ حَتَّى يُزَوَّجَ الْفَاسِقُ أَمَتَهُ، وَيُزَوَّجَ الْمُسْلِمُ أَمَتَهُ الْكَافِرَةَ، وَلِلْوَلِيِّ تَزْوِيجُ رَقِيقِ الطِّفْلِ بِالْمَضْلَحَةِ؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَمَةُ الْمَرْأَةِ يَزَوِّجُهَا وَلِيِّهَا بِرِضَاهَا.

وَقِيلَ: السُّلْطَانُ يُزَوِّجُهَا.

وَلَا يَكْفِي سُكُوتُ الْبَكْرِ فِي حَقِّ أَمَتِهَا، وَالْمُعْتَقَةُ فِي الْمَرَضِ يُزَوِّجُهَا قَرِيبُهَا.

وَقِيلَ: لَا تُزَوَّجُ لِإِمْكَانِ عَوْدِهَا رَقِيقَةً بِالْمَوْتِ.

(الْقِسْمُ الثَّلَاثُ) مِنَ الْكِتَابِ فِي الْمَوَانِعِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ أَجَنَاسٍ.

(الْأَوَّلُ): الْمَحْرَمَةُ بِقَرَابَةٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ صِهْرٍ:

(أَمَّا الْقَرَابَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنْهَا سَبْعَةٌ:

الْأُمَّهَاتُ، وَالْبَنَاتُ، وَالْأَخَوَاتُ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ، وَالْأَخَوَاتُ، وَالْعَمَّاتُ، وَالْخَالَاتُ، وَلَا يَحْرُمُ أَوْلَادُ الْأَعْمَامِ وَالْأَخْوَالِ، وَأَمَّا كُلُّ أَنْثَى يَنْتَهِي إِلَيْهَا نَسَبُكُ بِالْوِلَادَةِ، وَلَوْ بَوَسَائِطٍ، وَبَنُوكَ مَنْ يَنْتَهِي إِلَيْكَ نَسَبُهُمْ، وَلَوْ بَوَسَائِطٍ، وَالضَّائِبُ: أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَصُولُهُ وَفُصُولُهُ، وَفُصُولُ أَوَّلِ أَصُولِهِ، وَأَوَّلُ فَضْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ، وَإِنْ عَلَا (ح و)، وَلَا يَحْرُمُ الْوَلَدُ (ح^(٣)) مِنَ الزَّوْنِ إِلَّا عَلَى الْأُمِّ، وَفِي الْمَنْفِيِّ بِاللَّعَانِ وَجْهَانِ، وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، وَكُلُّ أَمْرَأَةٍ أَرْضَعَتْكَ، أَوْ أَرْضَعْتَ مِنْ أَرْضَعْتِكَ، أَوْ أَرْضَعْتَ مَنْ يَزْجِعُ نَسَبُكَ إِلَيْهِ، فَهِيَ أُمُّكَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ أَمْرَأَةٍ يَزْجِعُ نَسَبُ الْمُرْضِعَةِ إِلَيْهَا، وَأَخْتُ الْمُرْضِعَةِ خَالَتُكَ، وَأَخُوهَا خَالُكَ، وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ أَحْكَامِ النَّسَبِ، وَلَوْ اخْتَلَطَتْ أَخْتُ رِضَاعٍ بِأَهْلِ قَرْيَةٍ، جَازَ أَنْ يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، وَإِنْ كُنَّ مَخْصُورَاتِ الْعَدَدِ فِي الْعَادَةِ، لَمْ يَجُزْ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ.

(وَأَمَّا الْمُصَاهَرَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنْهَا بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ أُمَّهَاتُ الزَّوْجَةِ مِنَ الرِّضَاعِ وَالنَّسَبِ، وَزَوْجَةُ الْآبِ وَالْحَفَدَةُ، وَزَوْجَةُ الْآبِ وَالْجَدُّ، وَيَحْرُمُ بَنَاتُ الزَّوْجَةِ بِالْوَطْءِ، لَا بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ، وَالْوَطْءُ بِالشَّبَهَةِ يُحْرَمُ الْأَرْبَعُ دُونَ الزَّوْنِ (ح)، وَيَكْفِي أَلَا شَيْئَاهُ عَلَى الزَّوْجِ؛ فِي وَجْهِهِ، وَيَنْبُتُ النَّسَبُ وَالْعِدَّةُ بِالْأَشْيَاءِ عَلَيْهِ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ بِالْأَشْيَاءِ عَلَيْهَا، وَلَا يَكُونُ اللَّئِمُّ كَالْوَطْءِ فِي الْمُصَاهَرَةِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

(الثَّانِي): مَا لَا يُوجِبُ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً، وَيَتَعَلَّقُ بِعَدَدٍ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

(١) قال الراعي: «وله أن يطلق بكل حال، فلا يدخل تحت الحجر طلاق» حجر الولي كالطلاق مذكور في

الحج حيث قال: لا حج عليه مما لا يدخل تحت. [ت]

(٢) قال الراعي: «وإذا طلب الرقيق النكاح لم تجب الإجابة على الأصح» من القولين، وقيل الوجهين. [ت]

(٣) في أ: (و)

(الْأَوَّلُ): نِكَاحُ الْأُخْتِ عَلَى الْأُخْتِ لَا يَجُوزُ مَا لَمْ يُطْلَقِ الْأُولَى طَلَاقًا بَاطِنًا، وَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَلَا يَبْنَى أُمْرَاتَيْنِ بَيْنَهُمَا قَرَابَةً أَوْ رِضَاعًا، لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا حُرَّمِ النِّكَاحِ بَيْنَهُمَا. وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ الْمَرْأَةُ، وَأُمُّ زَوْجِهَا، أَوْ بِنْتُ زَوْجِهَا؛ وَإِنْ كَانَ لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا؛ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا.

وَلَوْ اشْتَرَى أُخْتَيْنِ، فَوَطِئَ إِحْدَاهُمَا، حُرِّمَتِ الْأُخْرَى؛ حَتَّى يُحْرِمَ الْمُوطُوءَةُ عَلَى نَفْسِهِ؛ يَبْنَى، أَوْ تَزْوِيجِ (ح)، أَوْ عِنْتِ، أَوْ كِتَابَةِ (ح).

وَلَا يَكْفِي طَرَيَانُ تَحْرِيمِ الْخَنِيصِ، وَالْعِدَّةِ، وَالْإِحْرَامِ.

وَهَلْ يَكْفِي الرُّهْنُ وَالْبَيْعُ؛ بِشَرْطِ الْخِيَارِ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَلَوْ وَطِئَ أُمَّةً، وَنَكَحَ أُخْتَهَا، صَحَّ النِّكَاحُ، وَحُرِّمَتِ الْمُوطُوءَةُ، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ.

وَتَحِلُّ الْخَامِسَةُ بِطَلَاقِ بَاطِنٍ لِوَاحِدَةٍ مِنَ الْأَرْبَعِ، دُونَ الرُّجْعَى.

وَالْعَبْدُ لَا يَزِيدُ (م) عَلَى اثْنَتَيْنِ.

وَلَوْ نَكَحَ الْحُرُّ خَمْسًا فِي عَقْدَةٍ، وَفِيهِنَّ أُخْتَانِ. بَطُلَ فِيهِمَا، وَفِي الْبَوَاقِي قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

وَالْمُطَلَّعَةُ ثَلَاثًا لَا تَحِلُّ، حَتَّى يَطَّأَهَا زَوْجٌ آخَرٌ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَلَا يَكْفِي وَطْءُ الشُّبْهَةِ، وَيَكْفِي إِيْلَاجُ الْحَشَفَةِ، أَوْ مِقْدَارَهَا (و) مِنْ مَقْطُوعِ الْحَشَفَةِ، وَيَكْفِي وَطْءُ الصَّبِيِّ وَالْعَيْنِ، وَلَا يُشْرَطُ انْتِشَارُ الْآلَةِ^(١)، وَلَوْ زَوَّجَهَا الزَّوْجُ مِنْ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ، فَاسْتَدَخَلَتْ أَلْتَهُ، ثُمَّ بَاعَ مِنْهَا؛ لِيَنْفَسِحَ النِّكَاحُ، جَازَ فِي قَوْلِ جَوَازِ إِجْبَارِ الْعَبْدِ عَلَى النِّكَاحِ، وَحَصَلَ بِهِ دَفْعُ الْغَيْرَةِ، وَلَوْ نَكَحَتْ بِشَرْطِ الطَّلَاقِ، فَسَدَ الْعَقْدُ؛ فِي وَجْهِ^(٢)، وَلَمْ يَخْصُلِ التَّخْلِيلُ (و)، وَهَلْ يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِشَرْطِ عَدَمِ الْوَطْءِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَيَفْسُدُ، إِذَا تَزَوَّجَ بِشَرْطِ أَلَا يَحِلَّ، وَلَيْسَ الشَّرْطُ السَّابِقُ عَلَى الْعَقْدِ كَالْمُقَارِنِ فِي الْإِفْسَادِ.

(الْجِنْسُ الثَّلَاثُ) مِنَ الْمَوَانِعِ: الْمِلْكُ وَالرِّقُّ؛ فَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكِحَ أُمَّةً، وَلَوْ مَلَكَ مَنكُوحَتَهُ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلَا لِلْحُرَّةِ أَنْ تَنْكِحَ عَبْدَهَا، وَلَوْ تَمَلَّكَتْ زَوْجَهَا، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلَا يَنْكِحُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ مَمْلُوكَةَ الْغَيْرِ إِلَّا بِأَرْبَعِ شُرَاطٍ: فَقَدْ حُرَّةٌ تَحْتَهُ، وَقَدْ طَوَّلَ الْحُرَّةُ (ح)، وَخَوْفُ الْعَنْتِ (ح)، وَكَوْنُ الْأُمَّةِ مُسْلِمَةً [ح]^(٣)، فَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ رَتْقَاءً، أَوْ هَرَمَةً، أَوْ حُرَّةً كِتَابِيَّةً، أَوْ غَائِبَةً، لَمْ يَنْكِحِ (و) الْأُمَّةُ مَا لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ رَتْقَاءً، أَوْ غَائِبَةً غَيْبَةً بَعِيدَةً، نَكَحَ الْأُمَّةُ

(١) قال الرافعي: «ويكفي وطء الصبي والعينين، ولا يشترط انتشار الآلة» هذا وجه، والظاهر خلافه فيهما. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن نكحت بشرط الطلاق فسد العقد في وجه» هذا قول في رواية الجمهور. [ت]

(٣) سقط من أ.

(و)، وَكَذَلِكَ لَوْ قَدَّرَ عَلَى حُرَّةٍ كِتَابِيَّةً؛ فِي وَجْهِ، فَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً، فَعَالَتْهُ فِي الْمَهْرِ بِمَقْدَارٍ يُعَدُّ قَبُولُهُ إِسْرَافًا، نَكَحَ الْأُمَّةَ (و)، وَلِلْمُفْلِسِ (و) نِكَاحُ الْأُمَّةِ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً تَرْضَى بِمَهْرٍ مُؤَجَّلٍ، فَإِنْ قَبِلَتْ يَدُونُ مَهْرَ الْمِثْلِ، لَمْ يَنْكِحِ الْأُمَّةَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ؛ إِذِ الْمِثَّةُ فِيهِ هَيْئَةٌ، وَأَمَّا خَوْفُ الْعَنْتِ، فَإِنَّمَا يَتِمُّ لِعَلْبَةِ الشَّهْوَةِ، وَضَعْفِ التَّقْوَى، فَإِنْ قَوِيَتِ التَّقْوَى وَأَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ، لَمْ يَنْكِحِ (و)، وَالْقَادِرُ عَلَى سُرِّيَّةٍ لَا يَخَافُ الْعَنْتَ، فَلَا يَتَرَخَّصُ؛ عَلَى وَجْهِ، إِذَا تَرَخَّصَ، فَلَا يَنْكِحُ إِلَّا مُسْلِمَةً (ح)، أَمَّا الْكِتَابِيَّةُ، فَلَا تَحِلُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أُمَّةً مُسْلِمَةً لِكَافِرٍ؛ عَلَى الْأَصَحِّ وَالْحُرُّ الْكِتَابِيُّ يَنْكِحُ الْأُمَّةَ الْكِتَابِيَّةَ، وَالْعَبْدُ الْمُسْلِمُ لَا يَنْكِحُهَا، فَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ، وَلَوْ نَكَحَ أُمَّةً، ثُمَّ قَدَّرَ عَلَى الْحُرَّةِ، وَنَكَحَهَا، لَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، بَلْ لَا يَزْعَى الشَّرْطُ، إِلَّا فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَلَوْ جَمَعَ الْقَادِرُ حُرَّةً وَأُمَّةً فِي عَقْدٍ، بَطُلَ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، وَفِي الْحُرَّةِ قَوْلَانِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

(الْجِنْسُ الرَّابِعُ): الْكُفْرُ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ أَصْنَافُ:

(الْكِتَابِيُّ)، وَتَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَيُقَرَّوْنَ بِالْجِزْيَةِ، وَالْوَتْنِيُّ وَالْمُعْطَلُ وَالزَّنْدِيقُ لَا تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَلَا يَقَرُّوْنَ بِالْجِزْيَةِ، وَالْمَجُوسُ لَا تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ (و)، لَكِنْ يَقَرُّوْنَ بِالْجِزْيَةِ، لَكِنْ إِنَّمَا يَجُوزُ نِكَاحُ كِتَابِيَّةٍ هِيَ مِنْ أَوْلَادِ بَنِي إِسْرَائِيلَ، وَأَمِنْ أَوَّلِ آبَائِهَا قَبْلَ التَّحْرِيفِ، فَإِنْ فَقِدَ النَّسَبُ، فَفِيهَا قَوْلَانِ، وَلَوْ آمَنَ آبَاؤُهَا بَعْدَ التَّحْرِيفِ، أَوْ شَكَّ فِيهِ، فَفِيهَا قَوْلَانِ^(١)، وَإِنْ آمَنَ بَعْدَ الْمُبْعَثِ، أَوْ شَكَّ فِيهِ، لَمْ تُنْكَحْ، وَالتَّهَوُّدُ بَعْدَ بَعْثِ عِيسَى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَهُوَ بَعْدَ مَبْعَثِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ عَلَى وَجْهِ، وَالصَّابِيُّونَ وَالسَّامِرَةُ، إِنْ كَانُوا مُلْحِدَةً عِنْدَ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى، لَمْ يُنَاكَحُوا، وَإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً، حَلَّ نِكَاحُهُمْ.

وَقِيلَ قَوْلَانِ مُطْلَقًا.

(فَزَعُ): لَوْ تَنَصَّرَ يَهُودِيٌّ، يُقَرُّ؛ فِي قَوْلٍ.

وَلَا يُرْضَى مِنْهُ إِلَّا بِالسَّيْفِ (ح) أَوْ الْإِسْلَامِ؛ فِي قَوْلٍ.

وَيُرْضَى بِالْإِسْلَامِ أَوْ الْعَوْدِ إِلَى التَّهَوُّدِ؛ فِي قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَقَرُّ، فَهَلْ يُلْحَقُ بِأَمْنِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

وَكَذَلِكَ لَوْ تَوَتَّنَ يَهُودِيٌّ، تَجْرِي الْأَقْوَالُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقَرُّ عَلَى التَّوَتُّنِ بِحَالٍ، وَيُفْنَعُ مِنْهُ بِالتَّنَصُّرِ؛ عَلَى قَوْلٍ. وَلَوْ تَنَصَّرَ وَتَنَبَّى، فَلَا يُفْنَعُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ، وَلَوْ أَزْتَدَّ مُسْلِمٌ، فَلَا يُفْنَعُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ أَوْ السَّيْفِ، وَتَتَنَجَّرُ الْفُرْقَةُ بِهَا قَبْلَ الْمَسِيحِ [ح]^(٣)، وَيَتَوَقَّفُ بَعْدَ الْمَسِيحِ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا، دَامَ النِّكَاحُ، وَإِلَّا فَتَبَيَّنَ الْفُرْقَةُ مِنْ وَقْتِ الرَّدَّةِ، وَلَوْ تَوَلَّدَ بَيْنَ مَجُوسِيٍّ وَيَهُودِيٍّ وَلَدٌ، لَمْ

(١) قال الرافعي: «وإن آمن آبؤها بعد التحريف أو شك فيه ففيها قولان» قيل: وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن قلنا: لا يقر فهل يلحق بمأمنه؟ فيه قولان» قيل: وجهان. [ت]

(٣) سقط من أ.

يَنْكِحُ فِي قَوْلٍ؛ لِعَلَّابَةِ التَّخْرِيمِ، وَتُنْظَرُ إِلَى جَانِبِ الْأَبِ فِي قَوْلٍ.
وَيَتَّصِلُ بِهِذَا:

بَابُ نِكَاحِ الْمُشْرِكَاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

(الْأَوَّلُ فِيمَا يُقَرَّرُ عَلَيْهِ الْكَافِرُ مِنَ الْأَنْكِحَةِ)، وَمَهُمَا أَسْلَمَ كَافِرٌ عَلَى كِتَابِيَّةٍ، قُرِّرَ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى وَثِيَّةٍ أَوْ مَجُوسِيَّةٍ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ مَعَهُ قَبْلَ الْمَسِيحِ، اسْتَمَرَ النِّكَاحُ، وَكَذَلِكَ (م ح)، إِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ الْمَسِيحِ، وَقَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ؛ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ كَانَتْ هِيَ السَّابِقَةَ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَإِذَا أَسْلَمَا، لَمْ يَنْبَحْ عَنْ شَرْطِ نِكَاحِيهِمَا، بَلْ نَقَرُهُمَا عَلَى النِّكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ وَلَا شُهُودٍ، وَفِي الْعِدَّةِ إِلَّا إِذَا أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا (و) قَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ؛ فَإِنَّ الْمُفْسِدَ قَدْ قَارَنَ الْإِسْلَامَ فَيَنْدَفِعُ النِّكَاحُ؛ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ أُمُّهُ أَوْ ابْنَتُهُ، وَنَقَرَتْهُمُ عَلَى النِّكَاحِ الْمُؤَقَّتِ، إِنْ أَعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّدًا، وَإِنْ أَعْتَقَدُوهُ مُوقَّتًا أَوْ فَاسِدًا، لَمْ يُقَرَّ لَهُمْ، وَلَا يُقَرَّرُ لَهُمْ عَلَى مَا هُوَ فَاسِدٌ عِنْدَهُمْ إِلَّا إِذَا كَانَ صَحِيحًا عِنْدَنَا، وَلَوْ أَعْتَقَدُوا غَضَبَ الْمَرْأَةِ نِكَاحًا، قَرَّرْنَا لَهُمْ عَلَيْهِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَكَأَنَّهُمْ إِذَا أَسْلَمُوا لَا يُؤَاخِذُونَ بِشَرْطِ الْإِسْلَامِ رُخْصَةً لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِفَيْرُوزِ الدِّيلَمِيِّ^(١)، وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ: اخْتَرَا أَحَدَاهُمَا؛ فَإِنَّهُ

(١) قال الرافعي: «فيروز الدَّيْلَمِي» على قضية بعض الروايات من الصحابة وجعل بعضهم مكانة ديلم بن فيروز الحميري الرعيني، وقال: هو ممن وفد على النبي صلى الله عليه وسلم، وروى عنه بنوه الضحاک وعبدالله، وأبو الخير مرثد بن عبدالله. [ت] ينظر ترجمته في طبقات ابن سعد ٥/٥٣٣، تاريخ خليفة ١١٧، طبقات خليفة ٢٨٧، المعرفة ليعقوب ٣/٢٦٢، ثقات ابن حبان ٣/٣٣٢، الكنى للدولابي ١/٧٥، الجرح التعديل ٧/٥٢١، الاستيعاب ٣/١٢٦٤، أنساب السمعاني ٥/٤٠٠، الكامل في التاريخ ٣/٤٩٦، الكاشف ٢/٤٥٨٤، العبر ١/٥٩، تجريد أسماء الصحابة ٢/٩٠، تهذيب التهذيب ٨/٣٠٥، التقریب ٢/١١٤، الإصابات (٧٠١٠)، الخلاصة ٢/٥٧٦١، تهذيب الكمال ٢٣/٣٢٢.

(٢) قال الرافعي: «لقوله - صلى الله عليه وسلم - لفيروز الديلمي روى الشافعي عن ابن أبي يحيى عن إسحاق بن عبدالله عن أبي وهب الجيشاني عن أبي خراش عن الديلمي، قال: أسلمت وتختي أختان، فأمرني أن أمسك إِيَهُمَا شِئْتِ، وَأَفَارِقَ الْأُخْرَى».

وروى أبو عيسى الترمذي عن بندار عن وهب بن جرير عن أبيه، عن يحيى بن أيوب، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي وهب الجَيْشَانِيَّ عن الضحاک بن فيروز الديلمي عن أبيه أنه قال: قلت: يا رسول الله أسلمت وتختي أختان، قال: «اختر إِيَهُمَا شِئْتِ» وروى يحيى بن يحيى عن ابن أبي ربيعة عن أبي وهب الجيشاني عن الضحاک بن فيروز عن أبيه بمثله، وطرحا عن الإسناد أبا خراس. [ت]

الذي أسلم على الاختين هو فيروز الديلمي قال: أسلمت وعندي أختان فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «طلق إِيَهُمَا شِئْتِ» وفي لفظ بعضهم: «اختر إِيَهُمَا شِئْتِ» أخرجه أحمد (٤/٢٣٢). وأبو داود (٢/٦٧٨) كتاب الطلاق، باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان الحديث (٢٢٤٣). والترمذي (٣/٤٣٦) كتاب النكاح - باب ما جاء من الرجل يسلم وعنده أختان - الحديث (١١٢٩) و (١١٣٠). وابن ماجه (١/٦٢٧) كتاب النكاح - باب الرجل يسلم وعنده أختان الحديث (١٩٥١). والدارقطني (٣/٢٧٣) كتاب النكاح - باب المهر - الحديث (١٠٥). والبيهقي (٧/١٨٤) كتاب النكاح =

لَمْ يُعَيِّنِ الْأُولَى لِلصَّحَّةِ، وَأَمَّا الْمُفْسِدُ الطَّارِئُ بَعْدَ الْعَقْدِ، لَا يُؤْثِرُ كَمَا لَوْ كَانَتْ عِنْدَ الْإِسْلَامِ مُعْتَدَّةً عَنْ شَهْوَةٍ، أَوْ سَبَقَتْ وَأَخْرَمَتْ قَبْلَ إِسْلَامِهِ، لَكِنْ لَوْ نَكَحَ أُمَّةً، ثُمَّ حُرَّةً وَأَسْلَمَ عَلَيْهِمَا، أُنْذِفَتِ الْأُمَّةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أُمَّةٍ، وَهُوَ مُوسِرٌ بَيْسَارٍ طَارِئٌ.

وَقِيلَ: يَنْدَفِعُ أَيْضاً بِالْعِدَّةِ الطَّارِئَةِ وَالْإِحْرَامِ، وَيَكُونُ حَالُ الْإِسْلَامِ كَابْتِدَاءِ الْعَقْدِ مُطْلَقاً.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَزْدَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، أُنْذِفَ نِكَاحُهَا، إِنْ لَمْ تَزِجْ قَبْلَ الْعِدَّةِ.

ثُمَّ هَذِهِ الْمُفْسِدَاتُ، إِنْ قَارَنْتَ إِسْلَامَ أَحَدِهِمَا، كَفَى (و) إِلَّا فِي الْبَيْسَارِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَنْدَفِعُ إِلَّا إِذَا وَجِدَ عِنْدَ اجْتِمَاعِهِمَا فِي (ح) الْإِسْلَامِ، وَإِذَا طَلَّقَ الْكَافِرُ زَوْجَتَهُ ثَلَاثاً، ثُمَّ أَسْلَمَ، لَمْ يَنْكِحْهَا إِلَّا بِمُحَلَّلٍ، فِي قَوْلٍ، وَلَا يُخْتِاجُ إِلَى الْمُحَلِّلِ؛ فِي قَوْلٍ، فَإِنَّا نَصَحُ أَنْكِحْتَهُمْ مُطْلَقاً؛ فِي قَوْلٍ^(١)، وَنُقْسِدُهَا؛ فِي قَوْلٍ إِلَّا عِنْدَ الْإِسْلَامِ؛ وَتَتَوَقَّفُ؛ فِي قَوْلٍ، فَمَا يُقَرَّرُ عَلَيْهِ فِي الْإِسْلَامِ نَتَبَيَّنُ صِحَّتَهُ، وَمَا يَدْفَعُهُ نَتَبَيَّنُ فَسَادَهُ؛ حَتَّى لَا يَنْبُتَ الْمَهْرُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لِتَنِي يَدْفَعُ الْإِسْلَامُ نِكَاحَهَا، وَلَا عَلَى قَوْلِ الْإِفْسَادِ، وَيَنْبُتُ عَلَى قَوْلِ الصَّحَّةِ، وَلَوْ نَكَحَ أُخْتَيْنِ، وَطَلَّقَ كُلَّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثاً، فَإِذَا أَسْلَمُوا، فَعَلَى قَوْلِ النَّصْحِ، حُرْمَتَا عَلَيْهِ إِلَّا بِمُحَلِّلٍ، وَعَلَى قَوْلِ الْإِفْسَادِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً، وَلَا مَهْرَ لِلثَّانِيَةِ، وَعَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً، فَيَنْقُذُ فِيهَا الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ وَيَخْتِاجُ إِلَى مُحَلِّلٍ، وَيَنْدَفِعُ الثَّانِيَّةُ، وَلَا يَخْتِاجُ فِيهَا إِلَى مُحَلِّلٍ.

وَمَهْمَا أَضَدَّقَهَا خَمِراً، وَقَبَضَتْ قَبْلَ الْإِسْلَامِ، فَلَا مَهْرَ لَهَا (و)، وَإِنْ لَمْ تَقْبِضْ، رَجَعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ قَبَضَتْ الْبَغْضَ، رَجَعَ إِلَى بَغْضِ مَهْرِ الْمِثْلِ؛ بِإِغْتِيَابِ (و) قِيَمَةِ الْخَمْرِ.

وَمَهْمَا تَرَافَعُوا إِلَيْنَا فِي أَنْكِحْتَهُمْ أَوْ غَيْرَهَا، جَازَ لَنَا الْحُكْمُ بِالْحَقِّ، وَهَلْ يَجِبُ؟ قَوْلَانِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ الْخُصُومَةُ بِمُسْلِمٍ، وَجَبَ الْحُكْمُ، وَإِنْ كَانَا مُخْتَلَفِي الْمِلَّةِ، وَجَبَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٢)، وَلَا يَجِبُ فِي الْمُعَاهِدَيْنِ، وَلَا نَحْكُمُ إِلَّا إِذَا رَضِيَ الْخَصْمَانِ جَمِيعاً بِحُكْمِنَا^(٣).

وَلَوْ طَلَبَتْ نَفَقَةً فِي نِكَاحٍ بِلَا وَلِيٍّ وَلَا شُهُودٍ، حَكَمْنَا، وَإِنْ طَلَبَتْ فِي نِكَاحٍ مُحَرَّمٍ أَوْ مُعْتَدَّةٍ فِي الْحَالِ، لَمْ نَحْكَمْ، وَفِي الْمُجُوسِيَّةِ وَجْهَانِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي زِيَادَةِ الْعَدَدِ الشَّرْعِيِّ)، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ، اخْتَارَ أَرْبَعاً (ح)،

= - بَابُ مَنْ يَسْلَمُ وَعِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ.

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «إِنَّا نَصَحْنَا أَنْكِحْتَهُمْ مُطْلَقاً فِي قَوْلٍ إِلَى آخِرِ الْأَقْوَالِ» الْأَكْثَرُونَ نَقَلُوهَا نَقْلَ الْوُجُوهِ. [ت]

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَا مُخْتَلَفِي الْمِلَّةِ وَجَبَ عَلَى الْأَصَحِّ» مِنَ الطَّرِيقَيْنِ وَالثَّانِي: طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ. [ت]

(٣) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلَا نَحْكُمُ إِلَّا إِذَا رَضِيَ الْخَصْمَانِ جَمِيعاً بِحُكْمِنَا» يَسْبِقُ إِلَى الْفَهْمِ مِنْهُ أَنَا حَيْثُ أَوْجَبْنَا الْحُكْمَ فَذَلِكَ إِذَا حَصَلَ رِضَا الْمَتَدَاعِيَيْنِ، لَكِنْ الْأَصْحَابُ اعْتَبَرُوا الرِّضَا عَلَى قَوْلِ عَدَمِ الْوُجُوبِ، وَلَمْ يَعْتَبِرُوا عَلَى قَوْلِ الْوُجُوبِ، فَقَالُوا عَلَى اخْتِلَافِ الطَّبَقَاتِ إِنْ قُلْنَا: بِوُجُوبِ الْحُكْمِ فَإِذَا اسْتَعْدَى خَصْمٌ عَلَى خَصْمٍ أَعْدَاءُ الْقَاضِي وَوَجِبَ عَلَى الْمَعْدَى الْحُضُورُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ لَمْ تَجِبِ الْإِعْدَاءُ وَالْمَعْدَى عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ فِي الْحُضُورِ إِذَا أَعْدَى. [ت]

وَأَنْدَفَعَ نِكَاحَ الْبَاقِيَاتِ، وَلَا مَهْرَ لِهِنَّ إِلَّا عَلَى قَوْلِ التَّصْحِيحِ^(١)، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى أَمْرَةٍ وَأَبْنَتْهَا، وَكَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَهُمَا مُحَرَّمَتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا، اخْتَارَ إِحْدَاهُمَا؛ فِي قَوْلٍ، وَتَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ، عَلَى الْأَصَحِّ (و)؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا يَدْفَعُ نِكَاحَ الْأُمِّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الْبِنْتِ، تَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ، وَأَنْدَفَعَتِ الْأُمُّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الْأُمِّ، أَنْدَفَعَتِ الْبِنْتُ، وَبَقِيَ نِكَاحُ الْأُمِّ، إِنْ أَفْسَدْنَا أَنْكِحَتَهُمْ، وَإِلَّا أَنْدَفَعَتْ أَيْضًا، وَإِنْ أَسْلَمَ الْحُرُّ عَلَى إِمَاءٍ اخْتَارَ وَاحِدَةً، إِنْ كَانَ عَاجِزًا عِنْدَ الْإِلْتِقَاءِ فِي الْإِسْلَامِ، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى ثَلَاثٍ، وَأَسْلَمْتَ وَاحِدَةً، وَهُوَ مُعْسِرٌ، وَأَسْلَمْتَ الثَّانِيَةَ، وَهُوَ مُوسِرٌ، وَالثَّالِثَةُ، وَهُوَ مُعْسِرٌ، أَنْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ الْأُولَى وَالثَّالِثَةِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ، وَإِمَاءٍ، أَنْدَفَعَ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، إِلَّا إِذَا تَخَلَّفَتِ الْحُرَّةُ وَأَصْرَتْ، فَإِنْ أَسْلَمْتَ قَبْلَ عِدَّتِهَا، أَنْدَفَعَ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، إِلَّا إِذَا عَتَقَ قَبْلَ إِسْلَامِ الْحُرَّةِ، فَيَلْتَحِقَنَّ بِالْحَرَائِرِ الْأَصْلِيَّاتِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى إِمَاءٍ، وَتَخَلَّفَتِ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَتَقَتْ، وَأَسْلَمْتَ قَبْلَ الْعِدَّةِ، تَعَيَّنَتِ كَالْحُرَّةِ، وَأَنْدَفَعَتِ الْإِمَاءُ السَّابِقَاتُ.

وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَمْتَيْنِ، وَتَخَلَّفَتِ أَمْتَانِ، فَعَتَقْتَ وَاحِدَةً مِنَ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ، ثُمَّ أَسْلَمْتَ الْمُتَخَلِّفَتَيْنِ، أَنْدَفَعَ نِكَاحُهُمَا؛ إِذَا تَحَتَّ زَوْجُهُمَا عَتِيقَةً، وَاخْتَارَ وَاحِدَةً مِنَ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ؛ إِذَا كَانَ عِنْفُهَا بَعْدَ إِسْلَامِهِمَا، وَإِسْلَامُ الْأُخْرَى لَا يُؤَثِّرُ فِي حَقِّهَا، وَلَا خِيَارَ لَهَا، إِلَّا إِذَا أُعْتِقَتْ تَحَتَّ عَبْدٌ، وَلَهَا تَأْخِيرُ الْفَسْخِ؛ لِعُذْرِ أَنْظَارِ إِسْلَامِ الزَّوْجِ، إِنْ أَسْلَمْتَ قَبْلَهُ، فَإِنْ فَسَخْتَ، نَفَذَ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ لَوْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، فَتَكُونُ عِدَّتُهَا مِنْ وَقْتِ الْفَسْخِ؛ فَإِنْ أَجَازَتْ، أَبْتَنَى عَلَى وَفْقِ الْعُقُودِ^(٢) وَأَمَّا الْعَبْدُ، إِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ، فَلَا خِيَارَ (و) لَهَا^(٣)، وَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ اثْنَتَيْنِ أَبَدًا مِنَ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ؛ لِأَنَّ الْأَمَةَ فِي حَقِّهِ كَالْحُرَّةِ، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ إِسْلَامِهَا، أَلْتَحَقَّ بِالْحُرِّ، فَلَا يَخْتَارُ مِنَ الْإِمَاءِ إِلَّا وَاحِدَةً، وَيَخْتَارُ مِنَ الْحَرَائِرِ أَرْبَعًا.

وَإِنْ كَانَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ، أَنْدَفَعَ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ حُرَّتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، فَاسْلَمَتْ الْبَاقِيَاتُ مِنَ الْحَرَائِرِ، فَلَا يَرِيدُ عَلَى اثْنَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ كَمَالَ عَدَدِ الْعَبِيدِ قَبْلَ الْحُرَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمْتَ وَاحِدَةً، فَعَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْبَقِيَّاتُ، اخْتَارَ أَرْبَعًا (و)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ كَمَالَ الْعَدَدِ قَبْلَ الْحُرَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمْتَ وَاحِدَةً فَعَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْبَاقِيَاتُ اخْتَارَ أَرْبَعًا (و)، لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ كَمَالَ الْعَدَدِ قَبْلَ الْحُرَّةِ وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَرْبَعِ إِمَاءٍ، فَاسْلَمْتَ اثْنَتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، فَاسْلَمْتَ الْمُتَخَلِّفَتَانِ يَخْتَارُ الْأُولَيَيْنِ، وَلَا يَخْتَارُ الْمُتَخَلِّفَتَيْنِ، وَهَلْ يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الْأُولَيَيْنِ وَوَاحِدَةً مِنَ الْأُخْرَيْنِ؟ فَوَجْهَانِ.

وَقِيلَ: يَخْتَارُ الْأُخْرَيْنِ أَيْضًا، إِنْ شَاءَ.

(١) قال الرافعي: «فلا مهر لهن إلا على قول التصحيح» مكرر مذكور عند ذكر الخلاف في أنكحة الكفار. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن أجازت التبنّي على وفق العقود» لا ذكر للتخريج على وفق العقود في كلام الأصحاب، وإنما الذي أطلقوه البطلان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وأما العبد إن أسلم على حُرّة فلا خيار لها» قوله: «على حُرّة» لا حاجة إليه، فإن الحكم لو كانت أمة كما لو كانت حُرّة فلا خيار لزوجه على الظاهر وفيه وجه. [ت]

(الفصل الثالث في الاختيار)، وله طرفان:

(أحدهما: ألفاظه)، ولا يخفى صريحه، ولو طلق واحدة، تَعَيَّنَ لِلنَّكَاحِ، وَلَوْ ظَاهَرَ أَوْ أَلَى، لَمْ تَتَّعَيْنِ (و)، وَلَوْ قَالَ: فَسَخْتُ نِكَاحَهَا، وَفُسِّرَ بِالطَّلَاقِ، تَعَيَّنَ لِلنَّكَاحِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، حُمِلَ عَلَى تَعْيِينِهَا لِلْفِرَاقِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَقَدْ اخْتَرْتُكَ لِلنَّكَاحِ، أَوْ لِلْفِرَاقِ (و)، لَمْ يَصِحَّ التَّغْلِيْقُ، فَلَوْ قَالَ: فَأَنْتِ طَالِقٌ، صَحَّ، وَحَصَلَ الْاِخْتِيَارُ ضِمْنًا، وَالْوَطْءُ، هَلْ يَكُونُ كَتَّعْيِينِ النَّكَاحِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: حَصَرْتُ الْمُخْتَارَاتِ فِي سِتَّةٍ مِنَ الْجَمَاعَةِ، أَنْحَصَرَتْ، وَلَوْ أَسْلَمَ مَعَهُ أَرْبَعٌ، وَتَخَلَّفَ أَرْبَعٌ فَعَيَّنَ الْأَوَّلِيَّاتِ لِلنَّكَاحِ، صَحَّ، وَلِلْفَسْخِ لَا يَصِحُّ، إِذَا كَانَتِ الْمُتَخَلِّفَاتُ وَثِيَّاتٍ. وَقِيلَ: يَصِحُّ مَوْقُوفًا.

وَلَوْ عَيَّنَ الْمُتَخَلِّفَاتِ لِلْفَسْخِ يَصِحُّ، وَلِلنَّكَاحِ لَا يَصِحُّ؛ إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْوَقْفِ. وَلَوْ أَسْلَمَتِ الثَّمَانِيَةُ عَلَى تَرَادُفٍ، وَهُوَ يُخَاطَبُ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِالْفَسْخِ عِنْدَ إِسْلَامِهَا، تَعَيَّنَ لِلْفَسْخِ الْأَرْبَعُ الْمُتَأَخَّرَاتُ، وَعَلَى وَجْهِ الْوَقْفِ يَتَّعَيْنُ الْأَرْبَعُ الْمُتَقَدِّمَاتُ. الطَّرَفُ الثَّانِي: فِي أَوْضَاعِ الْاِخْتِيَارِ، فَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ عَلَى ثَمَانِي نِسْوَةٍ، وَأَسْلَمَنَ مَعَهُ، فَيَتَّعَيْنُ عَلَيْهِ الْاِخْتِيَارُ؛ فَإِنَّ الْإِسْلَامَ رَفَعَ النِّكَاحَ فِي أَرْبَعَةٍ، وَإِلَيْهِ التَّغْيِينُ^(١).

وَمَهْمَا أَمْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنِ التَّغْيِينِ، حُسِنَ (و)، فَإِنْ أَصَرَ، عُزِّرَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّغْيِينِ، اغْتَدَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِأَقْصَى الْأَجَلَيْنِ، وَقِفَ رُبُعُ الْمِيرَاثِ، أَوِ الثُّمْنُ لَهُنَّ إِلَى أَنْ يَضْطَلَّخْنَ.

وَقِيلَ: يُورِثُ عَلَيْهِنَّ بِالسُّوِّيَّةِ؛ لاسْتِوَائِهِنَّ وَحُصُولِ الْيَأْسِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنَ النِّسَاءِ، وَالتَّبَسَّ عَلَيْهِنَّ، فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ فِي عِلْمِ اللَّهِ مُتَّعِيَةً لِلْفِرَاقِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى ثَمَانٍ كِتَابِيَّاتٍ، فَأَسْلَمَ أَرْبَعٌ، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ لَا يُوقَفُ (و) شَيْءٌ مِنَ الْمِيرَاثِ لَهُنَّ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَتِ الْمُفَارَقَاتُ الْمُسْلِمَاتِ، فَلَا يَتَّعَيْنُ حَقُّ الزَّوْجِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ تَخْتَهُ كِتَابِيَّةً وَمُسْلِمَةً، فَقَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَمَاتَ، وَلَمْ يُعَيَّنْ، لَمْ يُوقَفْ لَهُمَا مِيرَاثٌ، لِلشُّكِّ فِي الْأَصْلِ.

(الفصل الرابع: فِي التَّقْفَةِ) وَإِذَا تَخَلَّفَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ، لَمْ تَسْتَحِقَّ التَّقْفَةَ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ عَلَى الْجَدِيدِ؛ لِأَنَّهَا أَسَاءَتْ، وَلَوْ سَبَقَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ، اسْتَحَقَّتْ لِمُدَّةِ التَّقْدُمِ عَلَى الْمَذْهَبِ، (و) لِأَنَّهَا أَحْسَنَتْ، وَلَوْ أَصَرَ الزَّوْجُ، لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهَا بَاطِنَةٌ.

وَقِيلَ: تَسْتَحِقُّ كَالزَّوْجِيَّةِ؛ لِأَنَّ لِلزَّوْجِ قُدْرَةً عَلَى تَقْرِيرِ النِّكَاحِ عَلَيْهَا، وَلَوْ قَالَ: سَبَقْتُ بِالْإِسْلَامِ قَبْلَ الْمَسِيْسِ، فَأَنْكَرْتُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْمَهْرِ. وَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْنَا مَعًا، وَالنِّكَاحُ بَاقٍ^(٢)، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ^(٣)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ.

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وإن قال أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ إلى آخره» في المسألة قولان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ، فالقول قوله إلى آخره» المسألة معادة في «الدعاوى»

وَقِيلَ: بَلِ الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ التَّسَاوُقَ فِي الْإِسْلَامِ نَادِرٌ.

(الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الْكِتَابِ: فِي مُوجِبَاتِ الْخِيَارِ).

وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الْعَيْبُ، وَالْعُرُورُ، وَالْعِتْقُ، وَالْعَنَّةُ:

(السَّبَبُ الْأَوَّلُ: الْعَيْبُ)، وَيَبْتُ (ح) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ الْخِيَارُ بِالْبَرَصِ وَالْجَذَامِ وَالْجُنُونِ، وَيَبْتُ [ح] ^(١) لَهَا بِجَبِّهِ وَعَنْتِهِ، وَلَهُ بِرَتْقِهَا وَقَرْنِهَا (ح)، وَفِي الرَّدِّ بِالْبَحْرِ أَوْ الضَّنَانِ وَالْعَذْيُوطِ الَّذِي لَا يَقْبَلُ الْعِلَاجَ خِلَافَ (و)، وَكَذَلِكَ فِي جُمْلَةٍ مِنْ أَحَادِ الْعُيُوبِ الَّتِي تُنْفَرُ تَنْفِيرَ الْبَرَصِ، وَتُكْسِرُ سُورَةُ التَّوَاتُقِ، لَكِنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ إِلَّا بِالْعُيُوبِ السَّبْعَةِ الْمَذْكُورَةِ أَوَّلًا، وَفِي رَدِّ الْخُنْثَى أَيْضًا خِلَافَ، وَهَذَا فِيمَا يُقَارَنُ الْعَقْدُ، وَإِنْ طَرَأَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ، وَبَعْدَ الْمَسِيسِ وَجْهَانِ، إِلَّا الْعَنَّةُ؛ فَإِنَّهَا لَا تُؤَثِّرُ بَعْدَ الْمَسِيسِ، وَيَبْتُ لِلزَّوْجِ أَيْضًا بِعَيْبِهَا الطَّارِئِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

وَأَمَّا الْأَوْلِيَاءُ، فَلَا خِيَارَ لَهُمْ بِالْعَيْبِ الطَّارِئِ، وَيَبْتُ فِي الْمُقَارِنِ بِالْجُنُونِ، وَلَا يَبْتُ بِالْجَبِّ وَالْعَنَّةِ، وَفِي الْبَرَصِ وَالْجَذَامِ ^(٢) وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: فِي الْجَمِيعِ عَارٌ، فَيَبْتُ لَهُمُ الْخِيَارُ، وَهَذَا الْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ، وَهُوَ مُسْقِطٌ لِلْمَهْرِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، وَإِنْ كَانَ الْفَسْخُ مِنْهُ، وَفِيمَا بَعْدَ الْمَسِيسِ قَوْلُ مُخْرَجٍ مِنَ الرَّدَّةِ أَنَّ الْمُسَمَّى يَتَفَرَّزُ، وَفِي الرَّدَّةِ قَوْلُ مُخْرَجٍ مِنْ هُنَا ^(٣) وَمَهْمَا كَانَ الْعَيْبُ طَارِئًا، كَانَ تَفْزِيرُ الْمُسَمَّى أَوَّلَى، وَلَا رُجُوعَ (م) بِالْمَهْرِ الْمَغْرُومِ عَلَى الْوَلِيِّ عَلَى الْحَدِيدِ، وَلَا نَفَقَةَ وَلَا سُكْنَى (و) لَهَا فِي الْعِدَّةِ؛ كَمَا لَا مَهْرَ ^(٤)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، فَلَهَا النَّفَقَةُ إِنْ قُلْنَا إِنَّهَا لِلْحَمْلِ.

(السَّبَبُ الثَّانِي: الْعُرُورُ)، وَمَهْمَا شَرِطَ فِي الْعَقْدِ إِسْلَامُهَا، أَوْ نَسَبُهَا، أَوْ حُرِّيَّتُهَا، أَوْ نَسَبُهُ، أَوْ حُرِّيَّتُهُ، فَاخْتَلَفَ الشَّرْطُ، فَبَيَّ صَحَّةُ الْعَقْدِ قَوْلَانِ، وَإِنْ صَحَّحْنَا، فَبَيَّ خِيَارُ الْخُلْفِ قَوْلَانِ، وَلَوْ ظَنَّنَاهُ كُفْرًا، فَإِذَا هُوَ غَيْرُ كُفْرٍ؛ فَلَا خِيَارَ، وَلَوْ ظَنَّنَاهُ مُسْلِمَةً، فَإِذَا هِيَ كِتَابِيَّةٌ، فَلَهُ الْخِيَارُ، فَلَوْ ظَنَّنَاهُ حُرَّةً، فَإِذَا هِيَ رَقِيقَةٌ، فَلَا خِيَارَ.

وَقِيلَ: فِيهِمَا قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ؛ مَاخِذُهُمَا أَنَّ الْكُفْرَ وَالرَّقَّ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالْعُيُوبِ

= والبيانات مع زيادات، وفيما ذكر هناك كفاية. [ت]

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «ويثبت في المقارن بالجنون إلى قوله ويثبت لهم الخيار في الجنون والجذام والبرص» لا

يكاد يوجب نقله إلا لصاحب الكتاب، ولكن أطلقوا الجواب بثبوت الخيار. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وفي الردة قول مخرج من ههنا» لم يتعرض الأكثرون للتخريج من هذا الطرف، بل أشاروا

إلى نفيه وقالوا: الردة لا تستند إلى ما تقدم بحال، فلا تؤثر فيما سبق وجوبه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولا نفقة ولا سُكْنَى لها في العدة كما لا مهر»، يريد إذا كانت حاملاً وقد أعاد ذلك في

باب العدة، وجعل في استحقاقها السُّكْنَى قولين. [ت]

وَقِيلَ: بَلْ مَأْخَذُهُمَا أَنَّ الْغُرُورَ بِالْفِعْلِ، هَلْ هُوَ كَالْغُرُورِ بِالْقَوْلِ؟

وَقِيلَ: إِنَّ الْكِتَابِيَّةَ لَا تَلْتَبِسُ بِالْمُسْلِمَةِ، إِلَّا بِقَصْدٍ، فَهُوَ تَغْيِيرٌ؛ بِخِلَافِ الْأَمَةِ، وَكُلُّ تَغْيِيرٍ سَابِقٍ عَلَى الْعَقْدِ، فَلَا يُؤَثِّرُ (و) فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ، لَكِنْ يُؤَثِّرُ فِي الرُّجُوعِ بِالْمَهْرِ، إِذَا قَضَيْنَا بِالرُّجُوعِ عَلَى الْغَارِ؛ فِي قَوْلِ:

(فَرَعٌ) إِذَا غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ، فَوَلَدَتْ، انْعَقَدَ (ح) الْوَلَدُ حُرّاً، وَعَلَى الْمَغْرُورِ (و) قِيَمَتُهُ لِلسَّيِّدِ؛ إِذَا فَاتَ رَقَهُ بِطَنِهِ، سِوَاهُ كَانَ الرُّوْحُ حُرّاً أَوْ عَبْدًا، وَيَرْجِعُ بِهِ (و) عَلَى الْغَارِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ إِذَا غَرِمَ (و)، وَإِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا، تَعَلَّقَ الْقِيَمَةُ بِرَقَبَتِهِ؛ فِي قَوْلِ، وَبَذَمَتِهِ فِي قَوْلِ، وَبِكَسْبِهِ فِي قَوْلِ، وَالْمُسَمَّى مِنَ الْمَهْرِ، إِذَا لَزِمَ، تَعَلَّقَ بِكَسْبِهِ، وَحَيْثُ لَا يَلْزَمُ، فَمَهْرُ الْمِثْلِ تَجْرِي الْأَقْوَالُ الثَّلَاثَةُ فِي مُتَعَلِّقِهِ، وَإِنَّ الْغَارَةَ كَانَتْ هِيَ الْأَمَةُ، تَعَلَّقَ عَهْدَةُ الرُّوْحِ بِذِمَّتِهَا (و)، وَالْمُكَاتَبَةُ كَالْأَمَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا مَهْرَ لَهَا؛ فَإِنَّهَا الْغَارَةُ الْمُسْتَحِقَّةُ، وَالسَّيِّدُ لَا يَتَصَوَّرُ مِنْهُ التَّغْيِيرُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ قَالَ: إِنَّهَا حُرَّةٌ، عَتَقْتُ، وَلَوْ أَنْفَصَلَ الْوَلَدُ مِيتًا، فَلَا قِيَمَةَ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجَنَابَةِ جَانٍ، فَيَعْرِمُ عَاقِلَةُ الْجَانِي الْغُرَّةَ لَوَرَثَتِ الْجَنِينَ، وَيَعْرِمُ الْمَغْرُورُ عَشْرَ قِيَمَةِ الْأُمِّ لِلسَّيِّدِ؛ فِي وَجْهِ.

وَفِي وَجْهِ آخَرَ يُعْرِمُ أَقَلَّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ عَشْرِ قِيَمَةِ الْأُمِّ، أَوْ مَا سَلَّمَ لَهُ بِالْوَرَاثَةِ مِنْ غُرَّةِ الْجَنِينَ؛ لِأَنَّهُ لَوْلَا الْغُرَّةُ، لَمَا غَرِمَ الْمَيْتُ.

(السَّبَبُ الثَّلَاثُ: الْعِنْتُ)، وَإِذَا عَتَقْتَ تَحْتَ عَبْدٍ، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَإِنْ عَتَقْتَ تَحْتَ حُرٍّ، فَلَا خِيَارَ (ح)، وَإِنْ عَتَقَ نِصْفُهَا، فَلَا خِيَارَ (ز)، وَلَوْ عَتَقْتَ تَحْتَ مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْفَسْخِ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، فَلَهَا الْفَسْخُ؛ لِيَنْقَطِعَ سُلْطَانُ الرُّوْحِ، وَإِنْ أَجَارَتْ، لَمْ يَنْقُذْ (و)، لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ.

وَقِيلَ: يُخْرَجُ عَلَى وَقْفِ الْمُقُودِ، فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَانِتًا (و)، بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَوْ عَتَقَ الرُّوْحُ، وَتَحْتَهُ أَمَةٌ، فَلَا خِيَارَ لَهُ (و)، وَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ الْمَسِيسِ، فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ فَسَخَتْ بَعْدَ الْمَسِيسِ، فَلِلسَّيِّدِ كَمَالُ الْمُسَمَّى قَوْلًا وَاحِدًا (و)، وَهَذَا الْخِيَارُ أَيْضًا عَلَى الْقَوْرِ (ح).

وَفِي قَوْلِ: يَتِمَادَى (ح) إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

وَفِي قَوْلِ لَا يَسْقُطُ (ح) إِلَّا بِاسْقَاطٍ، أَوْ تَمْكِينٍ (ح) مِنَ الْوَطْءِ، فَلَوْ مَكَنَتْ، ثُمَّ أَدْعَتْ الْجَهْلَ بِالْعِنْتِ، لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهَا، إِذَا حَلَفَتْ، وَلَوْ أَدْعَتْ الْجَهْلَ؛ بِأَنَّ الْخِيَارَ عَلَى الْقَوْرِ، لَمْ تُعْذَرْ، وَلَوْ أَدْعَتْ الْجَهْلَ بِثُبُوتِ أَصْلِ الْخِيَارِ، فَتُعْذَرُ، عَلَى قَوْلِ.

(السَّبَبُ الرَّابِعُ: الْعُنَّةُ)، وَمَهْمَا وَقَعَ الْيَأْسُ عَنِ الْوَطْءِ؛ بِحَبِّ أَوْ عُنَّةٍ، أَوْ مَرَضٍ مُزْمِنٍ، ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ، وَفِي الْحَاقِ الْإِخْصَاءُ بِالْحَبِّ قَوْلَانِ؛ وَالْعُنَّةُ الطَّارِئَةُ بَعْدَ الْوَطْءِ، لَا تُؤَثِّرُ، وَلَوْ عَنْ عَنِ امْرَأَةٍ دُونَ غَيْرِهَا، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَلَوْ عَنْ عَنِ الْمَاتِي، وَقَدَرَّ عَلَى غَيْرِ الْمَاتِي، فَلَهَا الْخِيَارُ، (و)، وَلَوْ

أَمْتَنَعَ مَعَ الْقُدْرَةِ، فَلَا خِيَارَ، وَلَكِنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِوَطْءٍ وَاحِدَةٍ؛ عَلَى أَحَدِ الرَّجُلَيْنِ؛ لِتَقْرِيرِ الْمَهْرِ وَتَحْصِيلِ التَّخْصِيصِ، فَإِنْ عَلَّلْنَا بِالْمَهْرِ، كَانَتْ الْمُطَالَبَةُ لِلْسَّيِّدِ فِي الْأَمَةِ، وَلَمْ يَنْبُتْ لَهَا بَعْدَ الْإِبْرَاءِ، وَنَسْقُطُ الطَّلَبُ بِإِبْلَاجِ الْحَشْفَةِ، وَإِذَا ثَبَتَتِ الْعُتَّةُ؛ إِمَّا بِإِقْرَارِهِ، أَوْ بِبَيِّنَتِهَا (و) بَعْدَ نُكُولِهِ، ضَرَبْنَا الْمُدَّةَ سَنَةً (و)؛ لِلْإِثْبَاتِ، إِنْ طَلَبْتَ ذَلِكَ، وَإِنْ سَكَتَتْ، لَمْ تُضْرَبْ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُ عَيْنٍ، لَمْ نَطَالِبْهُ بِتَحْقِيقِ ذَلِكَ بِالْوَطْءِ، وَمُدَّةُ الْعَبْدِ كَمُدَّةِ الْحُرِّ (م)، وَمَهْمَا تَمَّتِ السَّنَةُ مِنْ غَيْرِ اعْتِرَازٍ مِنْهَا إِثْبَاتُهُ قَضَاءً، رَفَعْتَ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي؛ لِيَفْسَخَ الْقَاضِي النِّكَاحَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، أَوْ يُسَلِّطَهَا عَلَى الْفَسْخِ عَلَى الْقَوْرِ؛ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي.

وَلَوْ سَافَرَ الزَّوْجُ، فَقَبِي اخْتِسَابِ الْمُدَّةِ وَرَجْعَانِ، وَهَذَا الْفَسْخُ عَلَى الْقَوْرِ، فَإِنْ رَضِيَتْ، فَلَا اعْتِرَازَ لِلْوَلِيِّ^(١)، وَلَا رُجُوعَ لَهَا إِلَى الْفَسْخِ؛ بِخِلَافِ الْإِبْلَاءِ.

وَأِنْ فَسَخَتْ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ، لَمْ يَنْفُذْ، وَإِنْ أَجَازَتْ، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ رَضِيَتْ فَطَلَّقَهَا، ثُمَّ رَاجَعَهَا، لَمْ يَعُدْ حَقُّهَا، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ وَطَّئَهَا فِي النِّكَاحِ الْأَوَّلِ، وَعُزِّ عَنْهَا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَمَهْمَا تَنَازَعَا فِي الْإِصَابَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِصَابَةِ، إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا): فِي مُدَّةِ الْعُتَّةِ وَالْإِبْلَاءِ؛ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ؛ إِذْ تَعَسَّرَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوَطْءِ، فَإِنْ أَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْبَكَارَةِ، رَجَعْنَا إِلَى تَصْدِيقِهَا بِالْيَمِينِ (و).

(الثَّانِي) لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي بَعْدَ الْمَسِيسِ، وَلِي كَمَالُ الْمَهْرِ، فَأَنْكَرَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، إِلَّا إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لَزِمَ إِنْ مُخْتَمَلٍ، فَإِنَّا نُنَبِّئُ النَّسَبَ، فَيَتَأَكَّدُ بِهِ جَانِبُهَا، فَتُجْعَلُ الْقَوْلُ قَوْلُهَا، إِلَّا إِذَا لَاعَنَ فَتَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِهِ؛ إِذْ الْأَصْلُ عَدَمُ الْوَطْءِ.

(الْقِسْمُ الْخَامِسُ مِنَ الْكِتَابِ فِي فُصُولٍ مُتَفَرِّقَةٍ)، وَهِيَ سِتَّةُ:

(الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِيمَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ)، وَيَحِلُّ لَهُ كُلُّ اسْتِنْتِاجٍ إِلَّا الْإِثْبَاتَ فِي (م) الذُّبْرِ، وَالصَّحِيحُ (و) جَوَازُ الْعَزْلِ.

وَقِيلَ بِتَخْرِيمِهِ فِي الْحُرَّةِ دُونَ الْأَمَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّمَا يَحِلُّ بِرِضَاهَا.

وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ فِي الشَّرِّيَّةِ.

ثُمَّ الْإِثْبَاتُ فِي الذُّبْرِ فِي مَعْنَى الْوَطْءِ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ، إِلَّا فِي التَّخْلِيلِ (و) وَالْإِخْصَانِ.

وَأَخْتَلَفُوا فِي تَعَلُّقِ النَّسَبِ وَتَقْرِيرِ الْمُسَمَى وَوُجُوبِ الْحَدِّ، وَفِي اسْتِنْتَاقِهَا فِي النِّكَاحِ، وَلَمْ يَخْتَلَفُوا فِي وَجُوبِ مَهْرِ الْمِثْلِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ؛ وَكَذَا فِي الْعِدَّةِ (و) وَتَخْرِيمِ (و) الْمُصَاهَرَةِ بِهِ.

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَأِنْ رَضِيَتْ فَلَا اعْتِرَازَ لِلْوَلِيِّ» مَذْكُورٌ مَرَّةً فِي فَصْلِ الْعُيُوبِ مَعَ مَا فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ. [ت]

(الفصل الثاني: في وطء الأب جارية الابن)، وهو حرام، ولكن له شبهة وجوب (و) الإغفاف، فلا يجب عليه الحد، ويجب (و) المهر، ويخرم على الابن بالمصاهرة، وينبت النسب، وينعقد الولد على الحرية، وتصير مستولدة الأب، على القول المنصوص، ويقدر انتقال الملك إليه مع العلوق؛ حتى ينتفي (و) قيمة الولد؛ على أظهر الوجهين، ولا يسقط (ح) المهر أضلاً، فإن كانت الجارية موطوءة لابن، ملكها الأب بالاستيلاء (و)، ولكن يخرم عليه وطؤها؛ لأنها حرمت عليه بوطء الابن.

(الفصل الثالث: في إغفاف الأب)، ويجب على (وح) أشهر القولين أن يعفأ أباه الفاقد للمهر المحتاج إلى النكاح، والجد، وإن علا، فهو في معنى الأب، فإن اجتمع جدان في رتبة واحدة، ولم يقدر إلا على إغفاف أحدهما، أفرع بينهما على وجه، وعين القاضي أحدهما؛ على وجه، ومهما أظهر الرغبة في النكاح، صدق بغير يمين، لكن لا يحل له بينه وبين الله تعالى طلب ذلك إلا إذا صدقت شهوته؛ بحيث يخاف العنت أو يشق المصاهرة عليه، ويحصل الإغفاف بأن يزوج منه مسلمة، أو كيتابة، أو يملكه جارية، أو يسلم ثمنها إليه أو مهر امرأة، وليس للأب تعيين امرأة رفيعة المهر، وإذا تعين المهر، فتعين الزوجة إلى الأب، ولو ماتت، فعليه التجديد، وإن فسح النكاح بعينها، أو أنفسخ، وجب التجديد (و)، وإن طلقها بغير عذر، لم يجب (و) التجديد، وإن كان بعذر، فوجهان، وليس للأب أن يتزوج جارية الابن، فإن ملك الابن زوجته، لم ينفسخ (و) النكاح ما لم يحصل للأب ولد في ملك الابن، ولا يتزوج جارية نفسه، ولو ملك زوجته، أنفسخ النكاح، ولا يتزوج جارية مكاتبه، ولو ملك المكاتب زوجة سيده، ففي الانفساخ وجهان.

(الفصل الرابع: في تزويج الإماء)، وللسيد أن يستخدمها نهاراً، وعليه أن يسلمها إلى الزوج ليلاً، وهل له أن يئوى لها بيتاً في داره، أم للزوج أن يخرج بها ليلاً؟ فيه قولان، فإن قلنا: ليس له ذلك، وكانت مخترقة، وأمكنها ذلك في يد الزوج، فهل يجب تسليمها نهاراً؟ فيه وجهان، ولا خلاف أن للسيد المسافرة بها، لكن لا يمنع الزوج من الخروج، ليضجها ليلاً، وإذا لم يسلمها إلا بالليل، فالواجب شطر التفقة.

وقيل: لا يجب أضلاً.

وقيل: يجب الجميع.

ومهما سافر بها السيد، سقطت نفقتها، وأما المهر، فلما يجب للسيد، فلو قتلها السيد قبل المسيس، فالنص سقوط المهر، ولو قتلها أجنبي، أو قتلت الحرة نفسها، ففي السقوط وجهان، ولا خلاف في أن المهر لا يسقط بموت الحرة والأمة (و) ولا يقتل الأجنبي الحرة، وإذا باع الأمة، لم ينفسخ النكاح، ويسلم المهر للبائع؛ لأنه وجب بالعقد في ملكه، ولكن ليس له حبسها؛ لأجل سوق الصداق، ولا للمشتري أيضاً ذلك؛ فإنه لا مهر لها، ولو زوج أمته من عبده، فلا مهر، ولو قال لامته: أغتلك على أن تنكحيني، لم تغتق إلا بالقبول، ثم لا يلزمها الوفاء (و) وعليها

قِيمَتُهَا (ح م) ، فَإِنْ نَكَحَهَا بِقِيمَتِهَا الَّتِي عَلَيْهَا، وَهِيَ مَجْهُولَةٌ، فَفِي صَحَّةِ الصَّدَاقِ وَجْهَانِ، فَلَوْ أَثْلَفَتْ عَبْدًا عَلَى رَجُلٍ، فَنَكَحَهَا بِالْقِيمَةِ الْمَجْهُولَةِ، لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ قَالَتِ السَّيِّدَةُ لِعَبْدِهَا، أَغْتَفْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْكِحَنِي، عَتَقَ بِغَيْرِ قَبُولٍ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ لِلزَّوْجَةِ: طَلَّقْتُكَ عَلَى الْأَلَّا تَخْتَجِبِي عَنِّي، وَعَلَى أَنْ أُعْطِيكَ شَيْئًا، وَسَيِلُّ السَّيِّدُ الرَّأْغِبَ فِي نِكَاحِهَا أَنْ يَقُولَ: إِنَّ يَسَّرَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِكَاحًا صَاحِبًا، فَأَنْتِ حُرَّةٌ قَبْلَهُ، ثُمَّ يَنْكِحُهَا، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الفصل الخامس: في تزويج العبيد)، وَالْمَهْرُ وَالتَّقْفَةُ، لِإِزْمَانٍ، وَمُتَعَلِّقَانِ بِكَسْبِهِ، وَبِالرُّنْحِ مِنْ مَالٍ تَجَارَتِهِ، وَفِي تَعْلُقِهِ بِرَأْسِ الْمَالِ وَجْهَانِ، وَالْقَوْلُ الْجَدِيدُ أَنَّ السَّيِّدَ لَا يَكُونُ ضَامِنًا لِلْمَهْرِ بِمُجَرَّدِ الْإِذْنِ، لَكِنْ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْمَهْرَ مِنَ الْكَسْبِ وَالتَّقْفَةِ، فَإِنْ اسْتَحْدَمَهُ يَوْمًا، لَزِمَهُ كَمَالُ الْمَهْرِ وَنَقْفَةُ الْعُمُرِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ إِذْ رُبَّمَا كَانَ يَكْتَسِبُ مَا بَقِيَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ، وَفِي وَجْهِ يَلْزِمُهُ الْمَهْرُ وَ[نَقْفَةُ ذَلِكَ^(١)] الْيَوْمَ، وَفِي وَجْهِ ثَالِثٍ، وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَجْرَةُ الْمِثْلِ؛ كَمَا فِي الْأَجْنَبِيِّ.

(فَرَعٌ) إِذَا اشْتَرَتْ الْحُرَّةُ زَوْجَهَا، أَوْ أَتَهَبَتْ قَبْلَ الْمَسِيسِ، سَقَطَ نِصْفُ الْمَهْرِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَجَمِيعُهُ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ الَّذِي ضَمِنَهُ السَّيِّدُ، لَمْ يَصِحَّ (و) الشَّرَاءُ، إِنْ فَرَعْنَا عَلَى سُقُوطِ جَمِيعِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ تَضْجِيحَهُ يُؤَدِّي إِلَى إِنْطِلَالِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا سَقَطَ الْعَوْضُ بِحُكْمِ الْفَسْخِ، عَرِيَ التَّبِعُ عَنِ الْعَوْضِ، وَإِنْ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ الْمَسِيسِ، وَقُلْنَا: إِنْ طَرَبَانَ الْمَلِكُ عَلَى الرَّقِيقِ يُبْرَى ذِمَّتُهُ عَنْ دَيْنِ السَّيِّدِ الْمُتَمَلِّكِ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرَاءُ أَيْضًا^(٢)؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا بَرَى؛ بَرَى السَّيِّدُ الَّذِي هُوَ الْكَفِيلُ (و) فَيَعْرَى^(٣) عَنِ الْعَوْضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ الطَّارِئُ لَا يُسْقِطُ الدَّيْنَ، صَحَّ الشَّرَاءُ.

وَلِلذُّورِ الْحُكْمِيُّ نَظَائِرُ: (إِخْدَاهَا): لَوْ كَانَتْ أُمَّتُهُ ثُلُثَ مَالِهِ، فَأَعْتَقَهَا، وَنَكَحَهَا، وَمَاتَ، لَمْ يَكُنْ لَهَا طَلَبُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُلْحِقُ الدَّيْنَ بِالتَّرَكَةِ، وَيُبْطِلُ الْعِتْقَ وَالنِّكَاحَ.

(الثَّانِيَةُ) إِذَا زَوَّجَ الْمَرِيضُ أُمَّتَهُ عَبْدًا، وَقَبَضَ صَدَاقَهَا، وَأَثْلَفَهُ، ثُمَّ أَغْتَفَهَا^(٤) فَلَا خِيَارَ لَهَا؛ إِذْ لَوْ فَسَخَتْ، لَارْتَدَّتْ الْمَهْرُ، وَلَمَّا خَرَجَتْ عَنِ الثُّلُثِ، فَيُبْطَلُ الْعِتْقُ وَالْخِيَارُ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ رَجُلٌ، وَخَلَّفَ أَخًا وَعَبْدَيْنِ، فَأَعْتَقَهُمَا، فَشَهِدَا؛ بِأَنَّ لِلْمَيِّتِ أَبْنَاءَ مِنْ زَوْجَتِهِ، فَإِنَّهُ يُثْبِتُ الزَّوْجِيَّةَ وَالنَّسَبَ، دُونَ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ الْإِبْنُ، أَبْطَلَ الْعِتْقَ وَالشَّهَادَةَ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ أَوْصَى لَهُ بِإِبْنِهِ، فَمَاتَ، وَخَلَّفَ أَخًا^(٥)، فَقَبِلَ الْوَصِيَّةَ، عَتَقَ الْإِبْنَ، وَلَمْ يَرِثْ لِأَنَّهُ

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي «وإن اشتراه بالصدّاق بعد المسيس وقلنا. إن طربان الملك على الرقيق يبرى ذمته عن دين السيد المتملك لم يصح الشراء أيضاً»، هذا وجه والأظهر الصحة. [ت]

(٣) من ب: فيعري البيع.

(٤) قال الرافعي: «إذا زوج المريض أمته عبداً، وقبض صداقها، وأثلفه، ثم أعْتَقَهَا» لا يشترط في صورة المسألة وقوع التزويج: والإتلاف في المرض، وإنما المعتبر وقوع الإعناق في المرض. [ت]

(٥) قال الرافعي: «لو أوصى له بابنه فمات وخلف أخاً» المسألة مذكورة مرّة في «الوصايا» آخر الباب الأول. =

لَوْ وَرَثَ، لَحَجَبَ الْأَخَ، وَبَطَلَ قَبُولُهُ.

(الخامسة): لَوْ اشْتَرَى الْمَرِيضُ أَبَاهُ عَتَقَ^(١)، وَلَمْ يَرِثْ؛ كَيْلًا يَصِيرَ الْعِتْقُ وَصِيَّةً لَوَارِثٍ، فَيَبْطُلَ.

(الفصل السادس: في التَّرَاعِ)، وَدَعَوَى الرَّجُلِ الزَّوْجِيَّةَ صَحِيحَةً، وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهَا الدَّعْوَى؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ وَدَعْوَاهَا الْمَهْرَ صَحِيحَةٌ، وَأَمَّا دَعْوَاهَا مُجَرَّدَ الزَّوْجِيَّةِ، فَفِيهِ خِلَافٌ^(٢)، لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ حَقٌّ عَلَيْهَا، وَإِنْ كَانَ مُتَعَلِّقٌ حُقُوقٍ لَهَا.

ثُمَّ إِنْ سَكَتَ الزَّوْجُ، أَقَامَتِ الْبَيْتَةُ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَإِنْكَارُهُ طَلَاقٌ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَلَا مَعْنَى لِلْبَيْتَةِ، وَإِذَا زَوَّجَ إِخْدَى أَبْنَتَيْهِ، وَمَاتَ، وَعَيَّنَ الزَّوْجُ إِحْدَاهُمَا، وَقَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: أَنَا الْمُتَزَوِّجَةُ، فَالْمَعْنَى مَنكُوحَةٌ، وَالثَّانِيَةُ تَدْعِي لِنَفْسِهَا زَوْجِيَّةً مُجَرَّدَةً، وَإِنْ قَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: صَاحِبَتِي مُزَوَّجَةٌ، فَالَّتِي لَمْ يُعَيِّنْهَا الزَّوْجُ لَا خُصُومَةَ مَعَهَا، إِنَّمَا الدَّعْوَى عَلَى الْآخَرَى، وَلَوْ شَهِدَ شُهُودٌ عَلَى النِّكَاحِ، وَآخَرُونَ عَلَى الْإِصَابَةِ، وَآخَرُونَ عَلَى الطَّلَاقِ، وَالزَّوْجُ مُنْكَرٌ لِلنِّكَاحِ، ثُمَّ رَجَعُوا، وَقُلْنَا: يَجِبُ الْغَرْمُ بِالزَّجْوِعِ، فَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَى شُهُودِ النِّكَاحِ وَشُهُودِ الْإِصَابَةِ^(٣) فِي النِّكَاحِ، لَا عَلَى شُهُودِ الطَّلَاقِ؛ فَإِنَّهُمْ وَافَقُوا الزَّوْجَ فِي إِنْكَارِهِ، لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ شُهُودَ النِّكَاحِ، وَإِنْ رَجَعُوا، لَا يُغَرِّمُونَ؛ لِأَنَّهُمْ أَتَّبَعُوا حَقًّا فِي مُقَابَلَةِ مَا خَسِرُوا؛ بِخِلَافِ شُهُودِ الْمَالِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ مَا خَسِرُوهُ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، كَانَ غَرْمُ الزَّيَادَةِ خَارِجًا؛ عَلَى قَوْلِي الْغَرْمُ بِالْحَيْلُولَةِ فِي شُهُودِ الْمَالِ، إِذَا رَجَعُوا، وَإِذَا أَدْعَتْ أَمْرَأَةً مَحْرَمِيَّةً أَوْ رِضَاعًا بَعْدَ أَنْ زَوَّجَتْ بِرِضَايَا، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا إِلَّا إِذَا ذَكَرَتْ عُذْرًا لِنِسْيَانِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُجْبِرَةً، قُبِلَتْ دَعْوَاهَا، فَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ.

وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ مَخْنُونًا، أَوْ مَخْجُورًا عِنْدَ الْعَقْدِ، فَإِنْ لَمْ يُعْهَدْ ذَلِكَ لَهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنْ أَدْعَى الصَّبَا، أَوْ عُهِدَ لَهُ الْجُنُونُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي وَجْهِهِ^(٤)، وَقَوْلُ الزَّوْجِ، فِي الْوَجْهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ الْوَلِيِّ بِالْعَقْدِ، فَيُحْمَلُ عَلَى الصَّحَّةِ، وَلَوْ أَخْرَمَ الْوَلِيُّ بَعْدَ التَّوَكُّلِ بِالنِّكَاحِ، ثُمَّ أَدْعَى أَنَّ الْوَكِيلَ زَوَّجَ بَعْدَ الْإِخْرَامِ، فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ.

[ت] =

(١) قال الرافعي: «ولو اشترى المريض أباه عتق» هذا القدر قد مر في «الوصية» ويأتي في «العتق» أيضاً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما دعواها مجرد الزوجية ففيه خلاف» المسألة معادة مع زيادات في الدعاوى والبيّنات وذلك الموضوع أحق بها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإنما يجب على شهود النكاح وشهود الإصابة إلى آخره» قد يشعر بتخصيص الغرم بشهود الإصابة، لكن أحداً لم يخصص الغرم على شهود الإصابة، بل من لم يوجب على شهود النكاح لم يوجب على شهود الإصابة، فليحمل على أنه لو كان غرم لكان على هذين الصنفين، لكن الأصح أنه لا غرم على شهود النكاح، وشهود الإصابة يلتحقون بهم، فيخرج منه ترجيح الوجه الصائر إلى أنه لا غرم على واحد منهم، والذين أوردوا المسألة أكثرهم يرجع وجوب الغرم على شهود النكاح والإصابة. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن ادعى الصبا، أو عهد له جنون، فالقول قوله في وجه قيل: هما قولان مخرجان. [ت]

كِتَابُ الصَّدَاقِ (١)

وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:

(١) الصَّدَاقُ يَفْتَحُ الصَّادَ وَكَسْرُهَا: مَا وَجِبَ بِنِكَاحٍ، أَوْ وَطءٍ، أَوْ تَفْوِيتِ بَضْعٍ قَهْرًا كَرِضَاعٍ وَرَجُوعِ شَهْوَدٍ، سَمِيَ بِذَلِكَ لِإِشْعَارِهِ بِصَدَقِ رَغْبَةٍ بِأَذَلِهِ فِي النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ الْأَصْلُ فِي إِيْجَابِ الْمَهْرِ.

وَيَقَالُ لَهُ أَيْضًا مَهْرٌ؛ وَنَحْلَةٌ، وَفَرِيضَةٌ، وَأَجْرٌ، وَعُقْرٌ.
قَالَ سَيِّدُنَا عَمْرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «لَهَا عُقْرٌ نَسَائِهَا».

وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ: «الْوَطءُ لَا يَخْلُو عَنْ عَقْرٍ أَوْ عُقْرٍ وَعَلِيْقَةٍ: قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَذْوَا الْعَلَائِقِ. قَالُوا: وَمَا الْعَلَائِقُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: مَا تَرَاغَى بِهِ الْأَهْلُؤْنَ.

وَجَبَاءٌ، وَنِكَاحٌ: قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَيْسَتَعَفُّفُ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾.

وَطُولٌ: قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا﴾

وخرس قال العلامة القليوبي:

أَسْمَاءٌ مَهْرٌ مَعَ ثَلَاثِ عَشَرَ	مَهْرٌ صَدَاقٌ طَوْلٌ خُرْسٌ أَجْرٌ
عَطِيَّةٌ جَبَاءٌ عَلَائِقٌ نَحْلَةٌ	فَرِيضَةٌ نِكَاحٌ صَدُقَةٌ عُقْرٌ

وكلها مذكورة في الكتاب والسنة.

وقيل: الصَّدَاقُ مَا وَجِبَ بِتَسْمِيَةِ فِي الْعَقْدِ، وَالْمَهْرُ: مَا وَجِبَ بِغَيْرِ ذَلِكَ. واصطلاحاً:

عَرَّفَهُ الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهُ: هُوَ الْمَالُ الْوَاجِبُ مِنْ عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَى الزَّوْجِ فِي مَقَابِلَةِ مَنَافِعِ الْبَضْعِ إِمَّا بِالتَّسْمِيَةِ أَوْ بِالْعَقْدِ.

عَرَّفَهُ الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهُ: مَا وَجِبَ بِنِكَاحٍ، أَوْ وَطءٍ، أَوْ تَفْوِيتِ بَضْعٍ قَهْرًا.

عَرَّفَهُ الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهُ: مَا يُعْطَى لِلزَّوْجَةِ فِي مَقَابِلَةِ الْإِسْتِمْتَاعِ بِهَا.

عَرَّفَهُ الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ: الْعَوْضُ فِي النِّكَاحِ، سِوَاءَ سَمِيَ فِي الْعَقْدِ، أَوْ فُرِضَ بَرَةً بِتَرَاغِيهِمَا، أَوْ الْحَاكِمُ وَنَحْوَهُ كَوَطءٍ شَبَهَةٍ.

ينظر: شرح المحلى: ٢٧٥/٣، حاشية الدسوقي: ٢٩٣/٢، كشف القناع: ١٢٨/٥.

حاشية ابن عابدين ٣٢٩/٢.

الدليل على مشروعيته: الكتاب، والسنة، والإجماع. قال تعالى: ﴿وَأَتَوْنَا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نَحْلَةً﴾ أي

عطية من الله مبتدأة، لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر، فكانها تأخذ الصَّدَاقَ مِنْ غَيْرِ مَقَابِلٍ.

وقيل: نَحْلَةٌ تَدِينَاءٌ، مِنْ قَوْلِهِمْ فَلَانِ يَتَحَلُّ بِكَذَا أَيْ يَتَدَيَّنُ.

وأخبار كقوله - صلى الله عليه وسلم - لمرید التزويج «التمس ولو خاتماً من حديد» رواه الشيخان.

والحكمة في مشروعيته حصول الرغبة والألفة والمحبة بين الزوجين، وإشعار المرأة بميزة الرجل

عليها، وقد تستعين به على تجهيز نفسها، كما هو مُشَاهَدُ الْآنِ.

ووجب عليه؛ لأنه أقوى منها، وأكثر كسباً؛ قال تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله

به بعضهم على بعض، وبما أنفقوا من أموالهم﴾ ولأنه رب الأسرة وإليه تنسب.

وهل المهر عوض أو تكربة وفضيلة للزوج؟

قولان حكاهما المرعشي: الأول نظر إلى الظاهر من كونه في مقابلة منفعة البضع، والثاني: نظر إلى=

الْبَابُ الْأَوَّلُ:

فِي الصَّدَاقِ الصَّحِيحِ، وَحُكْمِهِ فِي الضَّمَانِ وَالتَّسْلِيمِ وَالتَّقْرِيرِ (الْأَوَّلُ: حُكْمُ الضَّمَانِ)، وَهُوَ مَضْمُونٌ فِي يَدِ الزَّوْجِ ضَمَانُ الْعَقْدِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَحُكْمُهُ فِي الْأَسْتِئْذَالِ حُكْمُ الثَّمَنِ، وَفِي الثَّلَفِ وَالتَّعْيِبِ وَفَوَاتِ الْمَنَافِعِ وَتَقْوِيَتِهَا حُكْمُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ فَلَا مَعْنَى لَتَكْثِيرِ الْكَلَامِ بِالتَّقْرِيرِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ؛ فَإِنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ الصَّدَاقَ عَوَضٌ، وَلِذَلِكَ يُؤْخَذُ بِالشُّعْفَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ (م ز) بِفَسَادِهِ؛ لِأَنَّ إِخْلَاءَ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ لَا يُفْسِدُهُ، لِأَنَّهُ يُنْبِثُ شُرْعاً فِي الْمَفْوضَةِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ^(١) (و)، فَهُوَ مُسْتَعْنٍ عَنِ الذِّكْرِ، وَإِنَّمَا يُؤْثَرُ ذِكْرُهُ فِي التَّعْيِينِ؛ وَالتَّقْدِيرِ، فَلَا جَرَمَ إِنْ فَسَدَ التَّعْيِينُ بِأَنْ ذَكَرَ حُرّاً أَوْ خَمِراً أَوْ خَنْزِيراً، صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ، وَيُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَعَلَى قَوْلٍ آخَرَ يُلْغَوُ تَعْيِينُهُ، وَلَكِنْ يُرْجَعُ إِلَى قِيَمَتِهِ (ح)، إِذْ يُغْتَبَرُ الذِّكْرُ فِي تَقْدِيرِ مَبْلَغِ الصَّدَاقِ، وَإِنْ لَمْ يُغْتَبَرِ فِي التَّعْيِينِ، فَيُقَدَّرُ الْحُرُّ عَبْدًا، وَالْخَمْرُ عَصِيراً (و)، وَالْخَنْزِيرُ (و) شَاةً.

(الْحُكْمُ الثَّانِي: فِي التَّسْلِيمِ)، وَالبُدْءُ بِتَسْلِيمِ الصَّدَاقِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ لَا بُدْءَ، بَلْ يُجَبَّرَانِ مَعًا؛ بِأَنْ يُسَلَّمَ الصَّدَاقُ إِلَى عَدْلٍ؛ حَتَّى إِذَا مَكَّنْتَ، سَلَّمْ إِلَيْهَا. وَعَلَى قَوْلٍ ثَالِثٍ لَا يُجَبَّرَانِ، بَلْ يَبْدَأُ مَنْ أَرَادَ أَخْذَ الْمُعَوَّضِ.

فَإِنْ قُلْنَا: البُدْءُ بِالصَّدَاقِ، فَذَلِكَ إِنَّمَا يَجِبُ، إِذَا كَانَتْ مُهَيَّأَةً لِلِاسْتِمْتَاعِ، فَإِنْ كَانَتْ مَحْبُوسَةً أَوْ مَمْنُوعَةً بِعُذْرٍ آخَرَ، لَمْ يَلْزَمْ تَسْلِيمُ الصَّدَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ صَيِّتَةً، فَفِي وَجُوبِ تَسْلِيمِ الْمَهْرِ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي التَّفَقُّهِ، ثُمَّ إِذَا بَادَرَتْ وَتَكَنَّتْ، كَانَ لَهَا طَلَبُ الصَّدَاقِ وَإِنْ لَمْ يَطَّأَهَا عَلَى قَوْلٍ نَعَمْ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى الْإِمْتِنَاعِ سَقَطَ طَلَبُهَا إِلَّا إِذَا وَطَّئَهَا؛ فَإِنَّ الْمَهْرَ يَسْتَقِرُّ بِوَطْءٍ وَاحِدَةٍ، وَلَيْسَ (و ح) لَهَا بَعْدَ الْوَطْءِ حَبْسُ نَفْسِهَا؛ لِأَجْلِ الصَّدَاقِ؛ إِذْ بَطَلَ [ح] ^(٢) حَقُّهَا بِالتَّمَكُّينِ مِنْ وَطْءٍ وَاحِدٍ ^(٣)، أَمَّا إِذَا بَادَرَ الزَّوْجُ،

= الباطن من كونها تستمتع به كما يستمتع بها.

هذا وقد كان أولياء الأمور في الجاهلية يأخذون مهور النساء، ولا يعطونها شيئاً ظلماً وعدواناً، فجاءت الشريعة الإسلامية، فقضت بسوقه إليها بقوله تعالى: ﴿وَاتَو النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً﴾ أي أعطوهن مهورهن إعطاءً حتماً فريضة لهن من الله، ولا تأخذوا من مهورهن شيئاً إلا عن طيب نفس منهن ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾.

والمخاطب بإيتاء المهور إلى النساء الأزواج عند الأكثرين، وهو الظاهر وقيل: الأولياء.

(١) قال الرافعي: «في المفوضة» على الصحيح أي من القولين. [ت]

وقال أيضاً: «لأنه ثبت شرعاً في المفوضة على الصحيح» أي بالعقد، والأكثر على أن المرجع

خلافه... [ت]

(٢) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «وليس لها بعد الوطء حبس نفسها لأجل الصداق؛ إذ بطل حقها بالتمكن من وطء واحد»

لو طرح هذا التوجيه لجاز؛ لأنه غير مفيد، فإن من يقول لها الحبس بعد الوطء لا يسلم بطلان حق الحبس=

وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يُجْبَرُ الزَّوْجُ، فَلَهُ الْأَسْتِزْدَادُ، إِذَا أَمْتَنَعَتْ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُجْبَرُ، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِالمُبَادَرَةِ، فَلَيْسَ لَهُ الْأَسْتِزْدَادُ، وَمَهْمَا سَلَّمَ الصَّدَاقَ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُمَهِّلَهَا رَيْثَمَا تَسْتَعِدُّ بِالتَّنْظُفِ وَالْأَسْتِخْدَادِ، وَأَفْصَى الْمُهْلَةِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَلَا يُمَهِّلُهَا لِأَجْلِ تَهْنِئَةِ الْجِهَارِ وَأَعْرَاضِ أُخْرَ سِوَى التَّنْظُفِ، وَلَا يُمَهِّلُ لِأَجْلِ الْحَيْضِ، فَإِنَّ لَهُ الْأَسْتِمْنَاعَ بِمَا فَوْقَ الْإِزَارِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا تُطَبِّقُ الْجَمَاعَ أَوْ مَرِيضَةً، وَجَبَ الْإِمْهَالُ.

(الحُكْمُ الثَّلَاثُ: التَّقْرِيرُ)، وَلَا يَتَقَرَّرُ كَمَالُ الْمَهْرِ إِلَّا بِالْوَطْءِ أَوْ بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، وَلَا يَتَقَرَّرُ بِالْخُلُوعِ (ح)؛ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ.

(الْبَابُ الثَّانِي فِي الصَّدَاقِ الْفَاسِدِ)

وَلَفْسَادِهِ سِتَّةُ مَدَارِكَ:

(الْأَوَّلُ): لَا يَقْبَلُ الْمِلْكُ؛ كَالْحُرِّ، وَالْخَمْرِ، وَالْخَنَازِيرِ، وَالْغَضَبِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرٍ (ح) الْمِثْلِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِلَى قِيَمَةِ (ح) الْمَذْكُورِ عَلَى قَوْلٍ.

(الثَّانِي: الشَّرْطُ)، وَلَا يَفْسُدُ (و) النِّكَاحُ بِشَرْطٍ لَا يَخْلُ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ أَلَا يَتَسَرَّى عَلَيْهَا، أَوْ لَا يَمْتَنَعَهَا مِنَ الْخُرُوجِ، أَوْ لَا يَجْمَعُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ضَرَاتِهَا فِي مَسْكَنِ أَوْ لَا يَفْسِمُ [لَهَا] ^(١)، أَوْ لَا يُنْفِقَ عَلَيْهَا، وَيَفْسُدُ بِكُلِّ مَا يَخْلُ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ الطَّلَاقِ، وَتَرْكِ الْوَطْءِ ^(٢)، إِلَّا عَلَى وَجْهِ (ز) بَعِيدٍ، وَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ بِالشَّرْطِ فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ كَالْعَوَضِ الْمُضَافِ إِلَى الصَّدَاقِ، وَيَتَعَدَّرُ الرُّجُوعُ إِلَى قِيَمَةِ الْمَشْرُوطِ، فَيَتَعَيَّنُ الرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ شَرَطَ الْحَيَّازُ فِي الصَّدَاقِ، ثَبَتَ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَفَسَدَ النِّكَاحُ عَلَى قَوْلٍ، وَفَسَدَ فِي نَفْسِهِ دُونَ النِّكَاحِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ لَهَا أَلْفًا، فَسَدَ (م) الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ إِلَى الْأَبِ اسْتِخْقَاقَ أَلْفٍ سِوَى الصَّدَاقِ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ [عَلَى] ^(٣) أَنْ أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا، صَحَّ الصَّدَاقُ، وَمَعْنَاهُ: نَكَحْتُ بِأَلْفَيْنِ، أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا بِطَرِيقِ التَّيَابَةِ عَنْهَا.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا أَيْضًا فَاسِدٌ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يُنْبِئُ عَنِ الْوَكَالَةِ فِي الْأَدَاءِ، بَلْ عَنْ شَرْطِ الْإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالْقَلِّ وَالتَّخْرِيجِ.

(الثَّلَاثُ: تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ)، فَإِنْ أَضَدَقَهَا عَبْدٌ يُسَاوِي الْفَقِيرَ عَلَى أَنْ تَرَدَّ أَلْفًا، فَنِصْفُ الْعَبْدِ مَبِيعٌ، وَنِصْفُهُ صَدَاقٌ، وَهُمَا عَقْدَانِ مُخْتَلِفَانِ، وَفِي جَمْعِهِمَا فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ قَوْلَانِ، فَإِنْ

= بِالْوَطْءِ. [ت]

(١) فِي ب: عَلَيْهَا.

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَيَفْسُدُ بِكُلِّ مَا يَخْلُ بِمَقْصُودِ كَشَرْطِ الطَّلَاقِ وَتَرْكِ الْوَطْءِ» الْمَسْأَلَتَانِ مَذْكُورَتَانِ «فِي فَصْلِ

التَّحْلِيلِ»، وَيَسْتَوِي فِيهِ كُلُّ فِرَاقٍ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ. [ت]

(٣) فِي أ: وَعَلَى

صَحَّحْنَاهُمَا، فَلَوْ أَرَادَ إِفْرَادَ الصَّدَاقِ، أَوْ الْمَبِيعِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، جَازَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ، وَلَوْ جَمَعَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بَيْنَ نِسْوَةٍ عَلَى صَدَاقٍ وَاحِدٍ، فِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ قَوْلَانِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَجْهَلُ نَصِيبَ نَفْسِهَا، وَكَذَا فِي الْخُلْعِ نَصٌّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا مِنْ جَمَاعَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٌ بِمَنْ وَاحِدٍ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ؛ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ، وَنَصٌّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَبْدُهُ عَلَى عَوْضٍ وَاحِدٍ، صَحَّتِ الْكِتَابَةُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ شَوْبِ الْعِنَى، وَقِيلَ: يَطْرُدُ الْقَوْلَيْنِ (م) فِي الْجَمِيعِ، لِكِنَّهُ لَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ: يَغْتَنِكَ الْعَبْدُ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الْأَلْفِ، إِذَا وُزِعَ عَلَى قِيَمَتِهِ، وَعَلَى قِيَمَةِ عَبْدٍ فَلَانِ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ.

(التَّفْرِيعُ): إِنْ قَضَيْنَا بِصِحَّةِ الصَّدَاقِ، وَزَعَّ عَلَى مُهُورٍ أَمْثَالِهِنَّ.

وَقِيلَ: عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِنَّ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَإِنْ قَضَيْنَا بِالْفَسَادِ، رَجَعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِلَى قِيَمَةٍ مَا يَفْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ؛ عَلَى قَوْلٍ؛ لِأَنَّ هَذَا مَجْهُولٌ يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ أَصْدَقَهَا مَجْهُولًا، لَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ؛ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَضَمَّنَ إِبْتِاثُ الصَّدَاقِ رَفْعَهُ؛ كَمَا إِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لِعَبْدِهِ، وَجَعَلَ رَقَبَتَهُ صَدَاقَهَا، فَيَفْسُدُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ، وَمَلَكَتْ زَوْجَهَا، لَا تَنْقَسَخَ، أَمَّا إِذَا زَوَّجَ مِنْ ابْنَتِهِ أَمْرَأَةً، وَأَصْدَقَهَا أُمَّ ابْنَتِهِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهَا، مَا لَمْ تَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ، وَلَوْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ، لَعَتَقَتْ عَلَيْهِ، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ دُونَ الصَّدَاقِ.

(الخَامِسُ): أَنْ يُزَوَّجَ مِنْ ابْنَتِهِ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ ابْنَتِهِ بِأَقَلِّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، فَيَفْسُدَ الصَّدَاقُ (ح م)، وَفِي [صِحَّةٍ] ^(١) النِّكَاحِ قَوْلَانِ؛ وَوَجْهُ الْفَسَادِ أَنَّ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ دُونَ رِضَاهُمَا، وَمَا قَبِلُوا بِهِ بَعِيدٌ، وَلَوْ [أَصْدَقَ زَوْجَةَ ابْنَتِهِ] ^(٢) أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَكِنْ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، جَازَ (و) وَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْإِبْنِ ضَمْنًا.

(فَرْعٌ) إِذَا تَوَاطَا أَوْلِيَاءُ الزَّوْجَيْنِ عَلَى ذِكْرِ الْقَيْنِ فِي الْعَقْدِ ظَاهِرًا، وَعَلَى الْإِكْتِفَاءِ بِالْفِ بَاطِنًا، فَالْوَاجِبُ مَهْرُ السَّرِّ أَوْ الْعَلَانِيَةِ (ح)؟ فِيهِ قَوْلَانِ ^(٣)، مَأْخُذُهُمَا أَنَّ الْعِبْرَةَ بِالْإِصْطِلَاحِ الْخَاصِّ، أَوْ الْعَامِّ.

(السَّادِسُ): أَنْ يُخَالَفَ الْأَمْرُ، فَإِذَا قَالَتْ: زَوَّجْنِي بِأَلْفٍ، فَزَوَّجَهَا الْوَلِيُّ (ز)، أَوْ وَكَّلِ الْوَلِيُّ بِخَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، وَلَوْ قَالَتْ: زَوَّجْنِي مُطْلَقًا، فَزَوَّجَ بِأَقَلِّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا.

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «فالواجب مهر السر، أو مهر العلانية فيه قولان إلى آخره» هذا طريق تنزيل النصين المختلفين من المسألة على حالين. [ت]

وَقِيلَ: يَصِحُّ وَيَرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَلَوْ زَوَّجَهَا مُطْلَقًا، فَيَحْتَمِلُ التَّصْحِيحَ لِلْمُطَابَقَةِ، وَيَحْتَمِلُ الْإِفْسَادَ؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ الْمُطْلَقِ ذِكْرُ الْمَهْرِ عَرَفًا، وَلَوْ قَالَتْ: زَوَّجْنِي بِمَا شَاءَ الْخَاطِبُ، فَزَوْجٌ، فَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالْوَاجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلَوْ عَرَفَ مَا شَاءَ الْخَاطِبُ، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ بِمَا شِئْتَ، صَحَّ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لَخِلَلِ اللَّفْظِ؛ [إِذَا لَمْ يَتَلَفَّظْ بِهِ] ^(١).

(الْبَابُ الثَّالِثُ فِي الْمَفْوضَةِ)

وَنَعْنِي بِالتَّفْوِضِ إِخْلَاءَ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ بِأَمْرٍ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ؛ كَمَا إِذَا قَالَتْ الْبَالِغَةُ: زَوَّجْنِي بِغَيْرِ مَهْرٍ، فَزَوْجٌ، وَنَعْنِي الْمَهْرَ، أَوْ سَكَتَ عَنْ ذِكْرِهِ، وَكَذَا السَّيِّدُ إِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ بِغَيْرِ مَهْرٍ، وَأَمَّا تَفْوِضُ السَّفِيهِ، لَا يُعْتَبَرُ فِي إِسْقَاطِ الْمَهْرِ؛ وَكَذَا الصَّبِيَّةُ، ثُمَّ الْمَفْوضَةُ تَسْتَحِقُّ عِنْدَ الْوَطْءِ مَهْرَ الْمِثْلِ، وَهَلْ تَسْتَحِقُّ بِالْعَقْدِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّ الشُّطْرَ (ح) عِنْدَ الطَّلَاقِ، إِلَّا إِذَا جَرَى الْفَرْضُ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَضَدَّقَهَا خَمْرًا، تَشَطَّرَ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ كَالْمَفْرُوضِ، وَمَعْنَى الْفَرْضِ تَعْيِينُ الصَّدَاقِ، أَوْ تَقْدِيرُهُ، وَكَانَ الْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالْمَسِيسِ الْمُنتَظَرِ مَهْرُ الْمِثْلِ، أَوْ مَا تَرَاضَى بِهِ الزَّوْجَانِ أَحَدُهُمَا لَا بَعِيْنَهُ، وَلِلْمَرْأَةِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ طَلَبُ الْفَرْضِ؛ لِتَقْرِيرِ الشُّطْرِ أَوْ لِتَعْرِيفِ مَا سَيَجِبُ بِالْمَسِيسِ، وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِلْفَرْضِ، لَا لِتَسْلِيمِ الْمَفْرُوضِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ عِنْدَ الْفَرْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِبْنَاتُ الْأَجْلِ فِي الْمَفْرُوضِ؟ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِبْنَاتُ زِيَادَةٍ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، إِذَا كَانَ الْفَرْضُ مِنْ جِنْسِهِ؟ وَجْهَانِ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ تَعْيِينُ عَرْضٍ يُسَاوِي أَضْعَافَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ أَتَرَأَتْ قَبْلَ الْفَرْضِ، جَازَ عَلَى قَوْلِ الْوُجُوبِ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ بِالْوَطْءِ، خُرُجٌ عَلَى الْإِبْرَاءِ عَمَّا لَمْ يَجِبْ، وَجَرَى سَبَبٌ وَجُوبِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَسْقَطْتُ حَقَّ طَلَبِ الْفَرْضِ، لَمْ يَسْقُطْ، وَلَوْ فَرَضَ لَهَا خَمْرًا، لَعَا الْفَرْضُ، وَلَمْ يُؤْثَرْ فِي التَّشْطِيرِ؛ بِخِلَافِ الْمَفْرُوضِ بِالْعَقْدِ، وَلَوْ أَمْتَنَعَ مِنَ الْفَرْضِ، فَرَضَ الْقَاضِي بِنْيَابَةٍ فَهَرِيَّةً، وَلَا يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ فَرَضَ الْأَجْنَبِيُّ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ الْمَفْرُوضُ؛ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِالْأَدَاءِ.

وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ فَرَضُ الْأَجْنَبِيِّ.

وَمَعْنَى مَهْرِ الْمِثْلِ الْقَدْرُ الَّذِي يَزْعَبُ بِهِ فِيهَا، وَالْأَصْلُ فِيهِ السَّبَبُ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ الْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ لِلْأَبِ، دُونَ الْبَنَاتِ وَالْأُمَّهَاتِ، وَيُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ الْعُقَّةُ، وَالْجَمَالُ، وَالْخُلُقُ، وَكُلُّ مَا يَتَفَاوَتُ بِهِ الرِّغْبَةُ، وَلَوْ سَمَحَتْ وَاحِدَةٌ مِنَ الْعَشِيرَةِ، لَمْ يَلْزَمْ الْبَاقِيَاتِ، وَلَوْ كُنَّ يُنْكَحْنَ بِالْأَلْفِ مُوَجَّلًا، لَمْ يَبْتَدِ الْأَجْلُ، بَلْ يَنْقُصُ بِقَدْرِهِ مِنَ الْأَلْفِ، وَلَوْ كُنَّ يُسَامَحْنَ الْعَشِيرَةُ، دُونَ غَيْرِهِمْ، لَزِمَ ذَلِكَ فِي الْعَشِيرَةِ دُونَ غَيْرِهِمْ، وَالْوَطْءُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ [وَالشُّبْهَةِ] ^(٢) يُوْجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ؛ بِأَعْيَانِ يَوْمِ

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ط.

الْوَطءُ، لَا يَوْمَ الْعَقْدِ، فَإِذَا أَلْحَدَتِ الشُّبْهَةُ، أَلْحَدَ الْمَهْرُ، وَإِنْ وَطِئَ مِرَارًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ شُبْهَةً، كَوَطَاتِ الزَّانِي الْمَكْرَهَ، وَجَبَ بِكُلِّ وَطْءٍ مَهْرٌ، وَالْأَبُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةً أَبْنَاهُ مِرَارًا، فَفِي الْأَكْتِفَاءِ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ وَجْهَانِ، وَوَجْهُهُ شُمُولُ شُبْهَةِ الْإِغْفَابِ، وَإِذَا وَجَبَ مَهْرٌ وَاحِدٌ بِوَطْآتٍ، فَيُغْتَبَرُ عَلَى الْأَخْوَالِ.

(البَابُ الرَّابِعُ فِي التَّشْطِيرِ، وَفِيهِ فُصُولٌ)

(الْأَوَّلُ: فِي مَحَلِّهِ وَحُكْمِهِ)، وَنَقُولُ: أَرْتِفَاعُ النِّكَاحِ قَبْلَ الْمَسِيَسِ^(١)، لَا بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا، يُوجِبُ تَشْطِيرَ الصَّدَاقِ الثَّابِتِ بِتَسْمِيَةِ مَقْرُونَةٍ بِالْعَقْدِ صَحِيحَةٍ أَوْ فَاسِدَةٍ (ح)، أَوْ بِفَرْضِ صَحِيحٍ بَعْدَ الْعَقْدِ؛ كَمَا فِي الْمُفَوَّضَةِ (ح)، وَيَسْتَوِي فِيهِ كُلُّ فِرَاقٍ، وَإِنَّمَا يَنْقُطُ جَمِيعُ الْمَهْرِ قَبْلَ الْمَسِيَسِ بِفَسْخِهَا بِعَيْنِهِ أَوْ فُسْخِهِ بِعَيْنِهَا، وَمَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنْ يَزْجَعَ الْمَلِكُ فِي شَطْرِ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ بِمُجَرَّدِ الطَّلَاقِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَنْبُتُ لَهُ خِيَارُ الرُّجُوعِ فِي النِّصْفِ؛ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا عَلَى كَمَالِ الْمَهْرِ، سَلَّمَ لَهَا، وَكَأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ حَقِّهِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْقَطْتُ خِيَارِي، فَيَحْتَمَلُ أَلَّا يَنْقُطَ كَخِيَارِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ.

(فَرْعٌ): لَوْ تَلَفَ الصَّدَاقُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الْإِنْقِلَابِ إِلَيْهِ، فَفِي الضَّمَانِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَجْهِهِ كَالْمَبِيعِ، وَمِنْ وَجْهِهِ كَالْمَوْهُوبِ بَعْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِهَا بَعْدَ رُجُوعِ الْكُلِّ بِالْفُسْخِ، فَهُوَ مَضْمُونٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ تَرَادُّ الْعَوَضَيْنِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْيِيرَاتِ قَبْلَ الطَّلَاقِ)، وَذَلِكَ إِمَّا بِزِيَادَةِ مَخْضَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ مَخْضٍ، أَوْ زِيَادَةٍ مِنْ وَجْهِهِ، وَنُقْصَانٍ مِنْ وَجْهِهِ:

(أَمَّا النُّقْصَانُ)؛ كَالْتَعْيِبِ فِي يَدِهَا، فَيَنْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ، رَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ النِّصْفِ السَّلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ، قَنَعَ بِنِصْفِ الْمَعِيبِ مِنْ غَيْرِ أَرْضٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّ لَهُ الْأَرْضَ.

وَإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الْمَعِيبِ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ مِنْ ضَمَانِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجَنَائَةٍ جَانٍ، فَالْصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ مَعَ ذَلِكَ نِصْفَ الْأَرْضِ، أَمَّا الزِّيَادَةُ إِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً سَلَّمَتْ لَهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً، أَمْتَنَعَ رُجُوعُهُ إِلَّا بِرِضَاهَا، فَإِنْ أَبَتْ، غُرِمَتْ قِيَمَةُ الشُّطْرِ، وَإِنْ سَمَحَتْ أُجِيرَ [و]^(٢) عَلَى الْقَبُولِ، أَمَّا إِذَا زَادَ مِنْ وَجْهِهِ، وَنَقَصَ مِنْ وَجْهِهِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ؛ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ عَبْدًا صَغِيرًا، فَكَبِرَ، فَتَقْصَاضُهُ زَوَالُ الطَّرَاوَةِ، أَوْ شَجَرَةً، فَأَرْقَلَتْ، وَنَقْصَتِ الثَّمَرَةَ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الزِّيَادَةِ زِيَادَةُ الْقِيَمَةِ، بَلْ مَا فِيهِ غَرَضٌ مَقْصُودٌ يُنْبِتُ الْخِيَارَ، وَالْحَمْلُ فِي الْجَارِيَةِ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهِهِ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهِهِ، وَفِي الْبَهِيمَةِ زِيَادَةُ مَخْضَةٍ (و) إِلَّا إِذَا أَثَّرَ فِي إِفْسَادِ اللَّحْمِ، وَالزَّرَاعَةِ نُقْصَانٌ مَخْضٍ لِلْأَرْضِ؛ إِذَا الزَّرْعُ يَبْقَى لَهَا، وَالْغِرَاسُ كَذَلِكَ.

(١) قال الرافعي: «قوله ارتفاع النكاح قبل المسيس... إلى آخره» ما يفيد المقصود. [ت]

(٢) سقط من ب.

(فُرُوعُ):

(الْأَوَّلُ): لَوْ أَصْدَقَهَا تَخْلًا، فَأَتَمَرَتْ، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْجِدَادِ، فَلَهَا الثَّمَارُ، وَيَعْسُرُ التَّشْطِيرُ إِلَّا بِمُسَامَحَةٍ، أَوْ مُوَافَقَةٍ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا قَطْعَ الثَّمَارِ، وَلَا أَنْ يَسْقِيَّ وَيَنْتَفِعَ بِنَصِيْبِهِ مِنَ الشَّجَرَةِ، وَلَا أَنْ يَتْرَكَ السَّقْيَ؛ إِذْ يَنْصَرُّ ثَمَرُهَا، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُكَلِّفَهُ تَأْخِيرَ الْمَلِكِ إِلَى الْجِدَادِ، وَلَا السَّقْيَ وَلَا تَرْكَهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزْجَعَ، وَيَقُولَ: إِلَيْكَ الْخَيْرَةُ فِي السَّقْيِ وَتَرْكِهِ، وَأَنَا لَا أَسْقِي؛ لِأَنَّهَا تَنْصَرُّ بِتَرْكِ السَّقْيِ، وَلَا يَلْزِمُهَا نَفْعُ شَجَرَةٍ بِالسَّقْيِ، فَإِنْ سَامَحَ أَحَدُهُمَا، وَالتَزَمَ السَّقْيَ، لَمْ يَلْزِمَهُ الْإِجَابَةُ أَيْضًا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَغَدٌ، فَرُبَّمَا لَا يَبْقَى بِهِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الثَّمَارِ، يَلْزِمُهُ الْقَبُولُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَنَّةٌ؛ لِيَنْدَفِعَ الْعُسْرُ، فَيَشْتَرِكَانِ فِي الْجَمِيعِ، وَكَذَا الْخِلَافُ (و) فِيمَا لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً، فَوَلَدَتْ، فَطَلَّقَهَا، وَهُوَ رَضِيعٌ، فَقَالَ: أَرْجِعْ إِلَى النِّصْفِ، وَأَرْضَى أَنْ تَبْقَى مُرْضِعَةً، فَإِنَّ هَذَا وَغَدٌ مَخْصُصٌ، فَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى الرُّجُوعِ بِالنِّصْفِ، ثُمَّ يَسْقِي مَنْ يَشَاءُ، فَهُوَ تَوَاعُدٌ، فَمَنْ وَعَدَ بِالسَّقْيِ، لَمْ يَلْزِمَهُ، وَمَنْ رَضِيَ بِتَرْكِ السَّقْيِ، يَلْزِمُهُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ حَقٌّ.

(الثَّانِي): لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلًا، فَوَلَدَتْ، فَلَا يَزْجَعُ فِي نِصْفِ الْوَلَدِ، إِنْ قُلْنَا: لَا يُقَابِلُهُ قِسْطُ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يُقَابِلُهُ، يَزْجَعُ بِالنِّصْفِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ، أَنَّهُ لَا يَزْجَعُ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ ظَهَرَتْ بِالْإِنْقِصَالِ.

(الثَّالِثُ): لَوْ أَصْدَقَهَا حَلِيقًا، فَكَسَرَتْهُ، وَأَعَادَتْهُ صَنْعَةً أُخْرَى، فَهُوَ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهِ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهِ، فَإِنْ أَعَادَتْ تِلْكَ الصَّنْعَةَ، لَمْ يَزْجَعْ إِلَّا بِرِضَاهَا؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ حَصَلَتْ بِاخْتِيَارِهَا، وَإِنْ أَبَتْ، فَلَهُ نِصْفُ قِيَمَتِهِ مَضُوعًا (م).

وَقِيلَ: إِنَّ لَهُ مِثْلَ وَزْنِهِ مِنَ التَّبَرِّ، وَأَجْرَةَ الصَّنْعَةِ^(١).

(الرَّابِعُ): لَوْ أَصْدَقَ الذَّمِّيَّ خَمْرًا، وَقَبَضَتْ، فَأَسْلَمًا، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْمَسِيْسِ، وَقَدْ صَارَ خَلًا يَزْجَعُ بِنِصْفِ الْخَلِّ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَزْجَعُ بِشَيْءٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَزْجَعُ، فَلَوْ كَانَ قَدْ تَلَفَ الْخَلُّ قَبْلَ الطَّلَاقِ، رَجَعَ بِمِثْلِهِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَزْجَعُ بِشَيْءٍ، عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِذَلِكَ يَوْمَ الْقَبْضِ وَلَمْ يَكُنْ إِذْ ذَاكَ مُتَقَوِّمًا، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْخَمْرِ جِلْدٌ مَيْتَةٌ، فَدَبَّعَتْهُ، فَفِيهِ خِلَافٌ (و) مُرْتَبِّ، وَمَنْعُ الرُّجُوعِ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ حَدَّثَتْ بِاخْتِيَارِهَا.

(الْحَامِسُ): إِذَا أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ الْقُرْآنِ، [وَطَلَّقَ (و) قَبْلَ الْمَسِيْسِ^(٢)]، عَسَرَ تَعْلِيمُ النِّصْفِ، لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ، فَلَهَا نِصْفُ مَهْرِ الْمَثَلِ، أَوْ نِصْفُ أَجْرَةِ التَّعْلِيمِ؛ عَلَى اخْتِلَافِ الْقَوْلَيْنِ.

(١) قال الرافعي: «له مثل وزنه من التبر وأجرة الصنعة» النظم يشعر بترجيح الأول، وقضية ما سبق فيما إذا

تلف جلياً على إنسان في كتاب «الغصب» بترجيح الثاني. [ت]

(٢) سقط من أ.

(قَاعِدَةٌ): مَهْمَا أَتَيْنَا الْخِيَارَ بِسَبَبِ زِيَادَةِ أَوْ نُقْصَانٍ، فَلَا مِلْكَ قَبْلَ الْأَخْتِيَارِ، وَهَذَا الْخِيَارُ لَيْسَ عَلَى الْفَوْرِ، بَلْ كَخِيَارِ رُجُوعِ الْوَائِبِ، فَإِنْ كَانَ لَهَا الْخِيَارُ، فَأَمْتَنَعَتْ، حُسِبَ عَنْهَا عَيْنُ الصَّدَاقِ؛ كَالْمَرْهُونِ، وَنَاقَ الْقَاضِي مِنَ الصَّدَاقِ مَا يَبْقَى بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ، فَإِنْ كَانَ لَا يُشْتَرَى النِّصْفُ بِنِصْفِهِ الْقِيَمَةِ الْوَاجِبَةِ، فَيُسَلَّمُ إِلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَيُمْلِكُ إِذَا قَضَى لَهُ بِهِ، وَإِذَا وَجِبَتْ الْقِيَمَةُ، فَهِيَ أَقَلُّ قِيَمَةٍ مِنْ يَوْمِ الْإِصْدَاقِ إِلَى يَوْمِ الْقَبْضِ، إِلَّا إِذَا وَجَدَ التَّلَفُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ، فَيُعْتَبَرُ يَوْمُ التَّلَفِ.

(الفصل الثالث: في التصرفات المانعة للرجوع)

وَفِيهِ مَسَائِلُ: [إِحْدَاهَا: (١) لَوْ زَالَ مِلْكُهَا بِحِجَّةٍ لَزِمَتْهُ؛ كَبَيْعٍ وَهَبَةٍ وَعِنْتٍ، تَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ، فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ، فَالْمِلْكُ الْعَائِدُ كَالَّذِي لَمْ يَزُلْ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَوْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لَزِمَ، كَرَهْنٍ وَإِجَارَةٍ، تَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ، فَإِنْ صَبَرَ إِلَى الْأَنْفِكَائِكِ، فَلَهُ نِصْفُ (و) الْعَيْنِ، وَلَكِنْ لَوْ بَادَرَتْ إِلَى تَسْلِيمِ الْقِيَمَةِ، لَزِمَتْهُ الْقَبُولُ لِمَا عَلَيْهَا مِنَ الْغَرَرِ بِفَوَاتِ الْعَيْنِ بَاقِيَةً.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ أَصْدَقَهَا عَبْدًا، فَدَبَّرْتُهُ، لَمْ يَقْدِرِ الزَّوْجُ عَلَى إِبْطَالِ التَّنْذِيرِ؛ بِحُكْمِ الرُّجُوعِ؛ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ؛ فَهِيَ كَزِيَادَةٍ مُتَّصِلَةٍ. وَقِيلَ قَوْلَانِ.

وقيل: يَزْجَعُ قَطْعًا، وَهُوَ الْقِيَاسُ.

وَقَدْ اخْتَلَفُوا عَلَى النَّصِّ فِي أَنَّ تَغْلِيْقَ الْعِنْتِ هُوَ كَالْتَّنْذِيرِ، وَوَصِيَّةُ الْعَبْدِ بِالْعِنْتِ، هَلْ هِيَ كَالْتَّنْذِيرِ؟ وَأَنَّ التَّنْذِيرَ، هَلْ يَمْنَعُ رُجُوعَ الْوَائِبِ، وَرُجُوعَ الْبَائِعِ؟

(الثَّالِثَةُ): لَوْ أَصْدَقَهَا صَبِيحًا، وَالزَّوْجُ مُحْرَمٌ عِنْدَ الطَّلَاقِ، لَمْ يَمْتَنِعْ رُجُوعُ النِّصْفِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ قَهْرِيٌّ؛ كَالْإِزْثِ، ثُمَّ إِنْ غَلَبْنَا حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى، وَجِبَ الْإِزْسَالُ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نِصْفِهَا.

(الفصل الرابع: في هبة الصداق من الزوج)

وَذَلِكَ يَنْفُذُ فِي الدَّيْنِ بِلَفْظِ الْعَفْوِ وَالْإِبْرَاءِ، وَلَا حَاجَةَ (و) إِلَى الْقَبُولِ، وَيَنْفُذُ بِلَفْظِ الْهَبَةِ، وَيَخْتِاجُ إِلَى الْقَبُولِ؛ عَلَى أَحَدِ الرَّوْجَيْنِ، وَلَفْظُ الْعَفْوِ وَالْإِبْرَاءِ لَا يُرِيدُ الْمِلْكُ فِي الْعَيْنِ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ عَنْ (و) صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ (ح)، وَفِي الْقَدِيمِ لَهُ (م) ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُجْبِرًا، وَلَمْ تَكُنْ مُسْتَقْلَلَةً، وَجَرَى بَعْدَ الطَّلَاقِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ، ثُمَّ إِذَا وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ قَبْلَ الطَّلَاقِ، فَفِي رُجُوعِهِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ قَوْلَانِ، وَإِنْ رَجَعَ بِالْإِبْرَاءِ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْأَيِّزِجِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا، فَوَهَبَتْ مِنْهُ، فَقَوْلَانِ، وَأَوَّلَى بِالرُّجُوعِ، فَإِنْ مَنَعْنَا الرُّجُوعَ، جَعَلْنَا الْهَبَةَ كَالْتَّعْجِيلِ إِلَيْهِ بِالصَّدَاقِ،

وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي الرُّجُوعِ بِحُكْمِ الْمُسُوحِ بَعْدَ انْتِهَابِ الْمَرْجُوعِ فِيهِ.

(فَزَعَانِ أَحَدُهُمَا) لَوْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْهَبَةُ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَفِي كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهِ بِالنِّصْفِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ.

(أَحَدُهَا): أَنَّ لَهُ النِّصْفَ الْبَاقِيَّ، وَتَنْحَصِرُ هَبَتُهَا فِي نَصِيحِهَا.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَشِيعُ، فَلَهُ نِصْفُ مَا بَقِيَ، وَرُبُّعُ قِيَمَةِ الْجُمْلَةِ.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ نِصْفِ قِيَمَةِ الْجُمْلَةِ؛ حِذَاراً مِنَ التَّبْعِيضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْهَبَةُ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَعَلَى قَوْلِ أَنْحَصَرَتِ الْهَبَةُ فِي نَصِيحِهِ، فَلَا رُجُوعَ، وَفِي قَوْلِ فِي نَصِيحِهَا، فَلَهُ بَاقِي الصَّدَاقِ، وَفِي قَوْلِ يَشِيعُ، فَلَهُ نِصْفُ الْبَاقِي.

(الثَّانِي) إِذَا اخْتَلَعَتِ الْمَرْأَةُ قَبْلَ الْمَسِيَسِ يَنْصِفُ الصَّدَاقَ مُطْلَقاً، فَفِي قَوْلِ يُنْزَلُ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَبْقَى لَهَا، وَعَلَى قَوْلِ يَشِيعُ، فَيَفْسُدُ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَيُبْنَى الْبَاقِي عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

(الفصل الخامس: في المنعة)

وَكُلُّ مُطْلَقَةٍ قَبْلَ الْمَسِيَسِ لَا تَسْتَحِقُّ شَطْرَ الْمَهْرِ، فَتَسْتَحِقُّ (م) الْمُنْعَةَ، وَإِنْ أَسْتَحَقَّتْ جَمِيعَ الْمَهْرِ بِالْمَسِيَسِ، فَتَسْتَحِقُّ الْمُنْعَةَ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، مَهْمَا طُلِّقَتْ، وَفِي مَعْنَى الطَّلَاقِ [كُلُّ فِرَاقٍ^(١)] يُوجِبُ التَّنْطِيرَ، فَإِذَا لَمْ يَشْطُرْ، أَقْتَضَى الْمُنْعَةَ، وَمَقْدَارُهَا كُلُّ مَا جَارَ (ح ز) أَنْ يُجْعَلَ صَدَاقاً. وَقِيلَ: مَا يَرَاهُ الْقَاضِي لَاقِئاً بِحَالِهِمَا مِنْ ثَوْبٍ (وز) أَوْ خَاتَمٍ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحَاطَ عَنْ شَطْرِ الْمَهْرِ؛ كَمَا يُحَاطُ التَّغْزِيرُ عَنِ الْحَدِّ.

(الباب الخامس في التنازع، وفيه مسائل)

(أَحَدُهَا): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْمَهْرِ أَوْ صِفَتِهِ، تَحَالَفَا؛ كَمَا فِي الْبَيْعِ (ح م)، وَيَجْرِي ذَلِكَ (ح) بَعْدَ انْقِطَاعِ النِّكَاحِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ، لِأَنَّ الصَّدَاقَ كَعَقْدٍ مُسْتَقِلٍّ بِنَفْسِهِ، وَيَخْلِفُ الْوَارِثُ الْتَّائِيَّ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَالْمُنْبُثُّ عَلَى الْبَيْتِ، وَفَائِدَةُ التَّحَالُفِ أَنْفَسَاخُ (م) الصَّدَاقِ وَالرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَهَا ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مَا ادَّعَتْهُ أَقَلُّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ ادَّعَتْ التَّشْمِيَةَ، وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ أَصْلَ التَّشْمِيَةِ، تَحَالَفَا (و).

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الْمَهْرِ، أَوْ سَكَتَ، وَأَعْتَرَفَ بِالنِّكَاحِ، لَمْ يَنْبُثْ بِحَلْفِهَا مَهْرَ الْمِثْلِ عَلَيْهِ؛ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، بَلْ يَتَحَالَفَانِ؛ وَكَذَا مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: «هَذَا ابْنِي»^(٢)، لَا يُوجِبُ (و) مَهْرَ الْمِثْلِ،

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: ابني منها.

وَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا فِي الْإِفْرَارِ بِالْوَطْءِ.

(الثالثة:) إِذَا تَنَازَعَ وَلِيُّ الصَّبِيَّةِ وَالزَّوْجُ فِي مِقْدَارِ الْمَهْرِ، تَحَالَفَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ مَقْبُولُ الْإِفْرَارِ، فَلَا بُدَّ فِي أَنْ يَخْلِفَ، وَكَذَا الْوَصِيُّ وَالْقَيْمُ وَالْوَكِيلُ؛ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، وَلَوْ أَدَّعَى عَلَى رَجُلٍ، أَنَّهُ أَثْلَفَ مَالَ الطِّفْلِ، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَنَكَلَ، لَمْ يُرَدِّ الْيَمِينُ عَلَى الْوَلِيِّ؛ عَلَى أَقْسَى الْوَجْهَيْنِ، لَكِنْ يَتَوَقَّفُ إِلَى أَنْ يَنْلُغَ الصَّبِيُّ، وَيَخْلِفَ.

(الرابعة:) لَوْ أَدَّعَتْ أَلْفَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ، جَرَيَا فِي يَوْمَيْنِ، وَأَقَامَتِ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِمَا، لَزِمَ، وَقَدْ زَنَا تَخَلَّلَ طَلَاقٍ بَعْدَ الْمَسِيَسِ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَبَيِّنَ جَرَيَانَ الْمُسْقِطِ بِإِظْهَارِ طَلَاقٍ قَبْلَ الْمَسِيَسِ.

(الخامسة:) إِذَا كَانَ فِي مِلْكِهِ أَبُوهَا وَأُمُّهَا، فَقَالَ: أَصَدَقْتُكَ أَبَاكَ، فَقَالَتْ: بَلْ أُمِّي، تَحَالَفَا عَلَى الْأَصَحِّ لِأَنَّ الصَّدَاقَ عَوْضٌ، وَأَصْلُ الْعَقْدِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ الزَّوْجُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيُعْتَقُ الْأَبُ بِإِفْرَارِهِ، وَلَاؤُهُ مُوقُوفٌ؛ إِذْ لَا يَدَّعِيهِ أَحَدُهُمَا.

(بَابُ الْوَلِيْمَةِ وَالنَّثْرِ)

وَالْوَلِيْمَةُ هِيَ مَادَبَةُ الْعُرْسِ، وَهِيَ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ.

وَقِيلَ: إِنَّهَا وَاجِبَةٌ.

وَفِي وَجُوبِ الْإِجَابَةِ إِلَيْهَا قَوْلَانِ^(١)، ثُمَّ إِنَّمَا يَجِبُ أَوْ يُسْتَحَبُّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الدَّعْوَةِ، مُتَكَرِّرًا، وَلَا عَلَى حِيطَانِ الدَّارِ صُورَةً وَلَا فُرْشُ حَرِيرٍ، وَلَا فِي الْجَمْعِ مَنْ يُتَأَدَّى بِخُضُورِهِ، وَلَا بِأَسَرِ بَصُورِ الْأَشْجَارِ، وَلَا بِصُورِ الْحَيَوَانِ، إِذَا كَانَ عَلَى الْفُرْشِ، فَأَمَّا عَلَى الثُّوبِ الْمَلْبُوسِ وَالشَّثْرِ وَالْوِسَادَةِ الْكَبِيرَةِ الْمَنْصُوبَةِ، فَلَا يَجُوزُ، وَدُخُولُ مِثْلِ هَذَا الْبَيْتِ حَرَامٌ.

وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ.

وَصَنَعَةُ التَّصْوِيرِ حَرَامٌ إِلَّا فِي ثِيَابِ الْفُرْشِ، فَفِيهِ خِلَافٌ.

وَلَا يَتْرُكُ إِجَابَةُ الدَّعْوَةِ بِعَذْرِ الصَّوْمِ، بَلْ يَخْضُرُ، وَيُمْسِكُ فِي الْفَرَضِ، وَيُفْطِرُ فِي النَّفْلِ، إِنْ كَانَ يَشُقُّ عَلَى الدَّاعِي إِمْسَاكُهُ وَإِذَا دُعِيَ جَمْعٌ، سَقَطَ الْفَرَضُ بِإِجَابَةِ بَعْضِهِمْ، وَلَا يُفْتَرُ بَعْدَ تَقْدِيمِ الطَّعَامِ إِلَى لَفْظِ الْإِبَاحَةِ، بَلْ يَكْفِي قَرِينَةُ الْحَالِ، ثُمَّ يَأْكُلُ الضَّيْفُ مِلْكَ الْمُضَيِّفِ [و]^(٢) بِالْإِبَاحَةِ، وَلَهُ الزَّجْجُ قَبْلَ الْأَكْلِ^(٣)، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمَطْمُومِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ الْمَالِكَ يَرْضَى بِهِ قَطْعًا، وَيَجُوزُ نَثْرُ السُّكَّرِ، وَالْتِفَاطُهُ؛ فِعْلٌ ذَلِكَ بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٤)، ثُمَّ هُوَ كَالصَّيْدِ مَنْ يُبْتِثَّ

(١) قال الرافي: «وفي وجوب الإجابة إليها قولان» قيل: هما وجهان. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافي: «ثم يأكل الضيف ملك المضيف بالإباحة وله الرجوع قبل الأكل» هذا وجه، وعند الأكثرين يملكه المضيف، والذي رجح من الخلاف في وقت الملك أنه الوضع بين يديه. [ت]

(٤) قال الرافي: «فعل بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم» عن عاصم بن سليمان، عن هشام بن عروة، =

عن أبيه عن عائشة قالت: كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا تزوج أو تزوج نثر تمرًا. [ت]
والحديث أخرجه البيهقي (٢٨٨/٧) كتاب الصداق: باب ما جاء في النشار في الفرح، من طريق
عاصم بن سليمان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا
زوج أو تزوج نثر تمرًا.

قال البيهقي: عاصم بن سليمان بصري رماه عمرو بن علي بالكذب ونسبه إلى وضع الحديث.
وقال أيضا.

وعن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل، قال: شهد النبي - صلى الله عليه وسلم -
أملاك رجل من أصحابه فجاءه بأطباق عليها فاكهة، وسكر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «انتهبوا»،
فقالوا: يا رسول الله، أو لم تنهنا عن النهبة؟ قال: «إنما نهيتكم عن نهبه العساكر».
قال: فجاذبهم النبي - صلى الله عليه وسلم - وجاذبوه. وتكلم الحافظ أبو بكر البيهقي على
الإسنادين، وقال: لا يثبت في هذا الباب شيء، وهذا ينازع في قوله في الكتاب: «فعل ذلك بين يدي
رسول الله صلى الله عليه وسلم». [ت]

والحديث أخرجه البيهقي (٢٨٨/٧) كتاب الصداق: باب ما جاء في النشار في الفرح. وابن
الجوزي في الموضوعات (٢/٢٦٥-٢٦٦) من طريق حازم مولى بني هاشم عن لماعة عن ثور بن يزيد عن
خالد بن معدان عن معاذ ابن جبل قال: شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أملاك رجل من أصحابه
فقال: على الخير والألفة والطائر الميمون والسعة في الرزق بارك الله لكم فدفا على رأسه فجاء بدف
فضربه به وأقبلت الأطباق عليها فاكهة وسكر فنثر عليه فكف الناس أيديهم فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم: ما لكم لا تنتهبون؟ قالوا: يا رسول الله أولم تنه عن النهبة؟ قال: إنما نهيتكم عن نهبه العساكر
فأما العرسات فلا، فجاذبهم وجاذبوه.

قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح فإن حازمًا ولماعة مجهولان وقال البيهقي: في اسناده
مجاهيل وانقطاع وقد روي باسناد آخر مجهول عن عروة عن عائشة رضى الله عنها عن معاذ بن جبل ولا
يثبت في هذا الباب شيء أ.هـ.

أما الجهالة فقد عرفناها وهي جهالة حازم ولماعة.

أما الانقطاع وهو بين خالد بن معدان ومعاذ بن جبل فقال العلائي في جامع التحصيل. (ص - ١٧١)
قال أبو حاتم: لم يصح سماعه من عبادة بن الصامت ولا من معاذ بن جبل بل هو مرسل. أ.هـ.
والحديث ذكره الشوكاني في «الفوائد المجموعة» (ص - ١٢٥) رقم (١٩) وقال: رواه الطبراني عن
معاذ مرفوعاً وفي اسناده مجهولان. وللحديث طريق آخر عن معاذ وهو الطريق الذي أشار إليه البيهقي.
أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (١/١٤٢). ومن طريقه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/٢٦٣) من طريق
بشر بن ابراهيم الانصاري عن الأوزاعي عن مكحول عن عروة بن الزبير عن عائشة عن معاذ بن جبل به
وفيه: إنما نهيتكم عن نهبه العساكر ولم أنهيكم عن نهبه الولائم فانتهبوا قال معاذ بن جبل: لقد رأيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يجبرنا ونجره في ذلك النهاب.

قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح بشر بن ابراهيم هو المتهم به. قال العقيلي: لا يتابع على
هذا الحديث وقد روي عن الأوزاعي أحاديث موضوعة لا يتابع عليها، وقال ابن عدي: هو عندي ممن
يضع الحديث على الثقات ولذلك قال ابن حبان: كان يضع الحديث على الثقات أ.هـ.

عَلَيْهِ يَدُهُ، لَمْ يُسَلَبْ مِنْهُ، وَمَنْ وَقَعَ فِي ذَنْبِهِ، وَقَدْ بَسَطَهُ لِذَلِكَ، لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ، فَإِنْ سَقَطَ؛ كَمَا وَقَعَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يَبْسُطْهُ لِذَلِكَ، أَخِذَ مِنْهُ.

وقال الذهبي في «الميزان» (٢١٣/١): هكذا فليكن الكذب والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٢٩٣/٤). وعزاه للطبراني في الأوسط وقال: وفي إسناد الأوسط بشر بن إبراهيم وهو وضاع. وللحديث شاهد من حديث أنس.

أخرجه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢٦٦/٢) - بتحقيقنا. من طريق خالد بن اسماعيل الأنصاري حدثنا مالك بن أنس عن حميد عن أنس بنحو حديث معاذ. وقال ابن الجوزي: لا يصح، خالد بن اسماعيل يضع الحديث على ثقات المسلمين لا يجوز الاحتجاج به بحال.

وأقره السيوطي في «الآلء المصنوعة» (١٦٦/٢) والحديث بشواهد ذكره الحافظ في «التلخيص» (٢٠١، ٢٠٠/٣) وضعف طرده كلها وقال: وأغرب إمام الحرمين فصحه من حديث جابر، وهو لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح، وفي مصنف ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي: انهما كانا لا يريان بأساً بالنهب في العرسات والولائم وكرهه ابن مسعود وإبراهيم وعطاء وعكرمة. أ.هـ.

تنبيه: هذا الحديث ذكره الراعي في «الشرح» من حديث جابر وتبعه جماعة من الفقهاء كالغزالي والإمام والقاضي حسين كما في «التلخيص» (٢٠١/٣) وقال الحافظ: هذا لا نعرفه من حديث جابر.

وقال ابن الملقن في «المخلاصة» (٢١٢/٢): غريب من حديث جابر معروف من حديث معاذ وأنس واسنادهما ضعيف.

كِتَابُ الْقَسَمِ وَالنُّشُوزِ^(١) وَفِيهِ فُصُولٌ:

(الْأَوَّلُ: فَيَمَنْ يَسْتَحِقُّ الْقَسَمَ)، وَلَا يَجِبُ عَلَى مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَاحِدَةٌ أَنْ يَبَيِّنَ عِنْدَهَا، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ لِتَخْصِيصِهَا، وَلَا يَجِبُ الْقَسَمُ بَيْنَ الْمُسْتَوَلَدَاتِ، وَبَيْنَ الْإِمَاءِ، وَلَا بَيْنَهُنَّ، وَبَيْنَ الْمَنْكُوحَاتِ، لَكِنَّ الْأَوَّلَى الْعَدْلُ وَكَفُّ الْإِيذَاءِ، وَمَنْ لَهُ مَنكُوحَاتٌ، فَإِنْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ، جَازَ، وَإِنْ

(١) الْقَسَمُ بفتح القاف مع سكون السين بمعنى العَدْل بين الزوجات في المبيت، وهو المراد هنا، ومع فتح السين اليمين (وبكسر القاف) وبكسر القاف مع سكون السين بمعنى الحظ والصيب، ومع فتح السين جمع قِسْمَةٍ، وقد تطلق على النصب أيضاً

والنشوز من نَشَزَ إذا ارتفع، لأن فيه ارتفاعاً عن أداء الحق الواجب، فالزوجة إذا امتنعت عن أداء ما وجب عليها تسمى ناشزة، والقسم واجب بالكتاب والسنة وإجماع الأئمة: قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ لما نهى جل شأنه عن الجمع بين اثنتين، أو أكثر عند خوف عدم العدل فيما إذا اجتمعتا أو اجتمعن، علم أن العدل واجب. وقال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ومن عشرتها بالمعروف تأدية حقها، والعدل بينها وبين غيرها في المبيت، وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ أي أن للزوجات حقاً على أزواجهن، كما أن للأزواج حقاً عليهن، وليس المراد تماثلهما، وتجانسهما، وإنما أراد وجوبهما، ولزومهما. وقال تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ ففي هذه الآية إشارة إلى ما أوجبه لها من نفقة وكسوة وقَسَمٍ وقال صلى الله عليه وسلم: «من كان له امرأتان يميل لإحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً» رواه الخمسة. وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما مرض طيف به على نسائه محمولاً، فلما ثقل أشفقن عليه، فحللته من القَسَمِ ليقسم عند عائشة رضي الله عنها لميله إليها، فتوفي عندها - صلى الله عليه وسلم - فلذلك قالت عائشة رضي الله عنها: توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم بين كرى ونحري، وفي يومي ولم أظلم فيه أحداً.

حكمة وجوب القَسَمِ:

لما أباح الله - سبحانه وتعالى - للزوج التعدد إلى أربع تلمس المضللون من ذلك طريقاً للطعن على الدين الإسلامي، زاعمين بحسب أهوائهم الفاسدة، وما سَوَّلَتْ لهم نفوسهم الخبيثة أن في هذا ضياعاً لحق المرأة، ولحقوق الضرر بها، وسوء العشرة معها، ودين هذا شأنه ليس بالدين المستقيم، بل هو دين الظلم والاستعباد، ولبس ما قالوا، فقد افتروا على الدين الإسلامي بجهالتهم، وضلالهم، وقلة تدبرهم، وما نشأ هذا والعياذ بالله إلا من عمى بصيرتهم «فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التي في الصدور» إذ لو تأملوا ولو قليلاً، لوجدوا الدين الإسلامي هو دين الشفقة والرحمة والعطف والرأفة، فما أباح التعدد إلا لمصلحة قديمة يعرفها ذوو الذوق السليم، ولم يترك للظلم أثراً من هذا السبيل، بل أبان الطريق الذي يسلكه زوج الزوجات حتى لم يبق للجور مجال.

فالشَّارِعُ الْحَكِيمُ لم يبيح تعدد الزوجات مطلقاً بل قرَّنه بما يرفع الجور والظلم قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ فإنك تفهم من معنى الآية أن الله - سبحانه وتعالى - حرم الزيادة على واحدة إذا خيف عدم العدل لو جمع بين اثنتين، أو أكثر، ومنه يعلم أن العدل واجب.

بَاتَ لَيْلَةً عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لَزِمَهُ مِنْهَا لِلْبَقِيَّاتِ، وَتَسْتَحِقُّ الْمَرِيضَةُ، وَالرَّقَاءُ، وَالْحَائِضُ، وَالنَّفْسَاءُ، وَالْمُخْرِمَةُ، وَالَّتِي آلَى مِنْهَا زَوْجَهَا، أَوْ ظَاهَرَ، وَكُلُّ مَنْ بِهَا عُدْرٌ شَرْعِيٌّ أَوْ طَبْعِيٌّ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْإِنْسُ وَالسَّكَنُ دُونَ الْوَقَاعِ، أَمَّا النَّاشِزَةُ، فَلَا تَسْتَحِقُّ، فَلَوْ كَانَ يَدْعُوهُنَّ إِلَى مَنْزِلِهِ، فَأَبَتْ وَاحِدَةً، سَقَطَ حَقُّهَا، وَإِنْ كَانَ يُسَاكِنُ وَاحِدَةً، وَيَدْعُو الْبَاقِيَّاتِ، فَفِي جَوَازِ ذَلِكَ تَرَدُّدٌ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْصِيسِ، وَالْمُسَافَرَةُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَاشِزَةٌ، وَإِنْ سَافَرَتْ بِإِذْنِهِ فِي غَرَضِهِ، فَحَقُّهَا قَائِمٌ، وَتَسْتَحِقُّ الْقَضَاءَ، وَإِنْ كَانَ فِي غَرَضِهَا، لَمْ تَسْتَحِقَّ؛ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، وَيَجِبُ الْقَسَمُ عَلَى كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ، قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَعَلَى الْوَلِيِّ أَنْ يَطُوفَ بِالْمَجْنُونِ عَلَى نِسَائِهِ، وَيَزَعِيَ الْعَدْلَ فِي الْقَسَمِ، فَلَوْ كَانَ يُجْرَى، وَيُفْقَى، فَلَا يُخَصَّصُ وَاحِدَةً بِنُوبَةِ الْإِفَاقَةِ، إِنْ كَانَ مَضْبُوطًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَأَفَاقَ فِي نُوبَةِ وَاحِدَةٍ، قَضَى لِلْأُخْرَى مَا جَرَى فِي الْجُنُونِ لِنُقْصَانِ حَقِّهَا.

(الفصل الثاني): فِي مَكَانِ الْقَسَمِ وَزَمَانِهِ:

(أَمَّا الْمَكَانُ): فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ فِي مَسْكَنِ وَاحِدٍ، إِلَّا إِذَا أَنْفَصَلَتِ الْمَرَافِقُ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنْدِعِيَهُنَّ إِلَى بَيْتِهِ عَلَى التَّنَاوُبِ.

(وَأَمَّا الزَّمَانُ) فَعِمَادَةُ اللَّيْلِ، وَالتَّهَارُ تَبَعٌ، إِلَّا فِي حَقِّ الْأَثُونِيِّ، وَالْحَارِسِ؛ فَإِنَّ سُكُونَهُمَا بِالتَّهَارِ، وَلَا يَحِلُّ أَنْ يَدْخُلَ فِي نَوْبَتِهَا عَلَى ضَرَّتِهَا، بِاللَّيْلِ، إِلَّا لِمَرِيضٍ مَخُوفٍ، وَأَمَّا بِالتَّهَارِ، يَجُوزُ لِعَرَضٍ مِنْهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَرَضٌ.

وَقِيلَ: التَّهَارُ كَاللَّيْلِ (ح).

وَقِيلَ: لَا حَجَرَ فِي التَّهَارِ.

وَإِنْ خَرَجَ إِلَى ضَرَّتِهَا بِاللَّيْلِ، وَمَكَتْ، قَضَى مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ نُوبَةِ الْأُخْرَى، وَإِنْ لَمْ يَمُكُثْ زَمَانًا مَخْشُوسًا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَغْضِي، وَلَا يَقْضِي، وَإِنْ دَخَلَ وَوُطِئَ، فَقَدْ أَفْسَدَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ؛ فِي وَجْهِ، فَلَا يُعْتَدُّ بِهَا.

وَفِي وَجْهِ يَقْضِي الْجَمَاعَ فَقَطْ.

وَفِي وَجْهِ يَقْضِي مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ، وَلَا يُكَلِّفُ الْوَقَاعَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْإِخْتِيَارِ.

(أَمَّا الْمِقْدَارُ): فَأَقْلُ الْقَسَمِ لَيْلَةً، وَلَا يَجُوزُ تَنْصِيفُ اللَّيْلَةِ؛ لِأَنَّهُ يُنْغَصُّ الْعَيْشُ، وَأَكْثَرُهُ ثَلَاثُ

لَيَالٍ.

وَقِيلَ: سَبْعٌ.

وَقِيلَ: لَا يُقَدَّرُ، بَلْ هُوَ إِلَى الْإِخْتِيَارِ.

ثُمَّ الْفُرْعَةُ تَحْكُمُ فِيْمَنْ بِهِ الْبِدَايَةُ.

وَقِيلَ: هُوَ إِلَى خَيْرَتِهِ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَبْتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ لِغَيْرِهَا.

(الفصل الثالث: في التفاضل) وَلَهُ سَبَبَانِ:

(الأول: الحرّية)، فَلِلْحُرَّةِ ثُلَاثَا الْقِسْمِ، وَلِلْأَمَةِ الثَّلَاثُ (م) فَلَهَا لَيْلَتَانِ، وَلِلْأَمَةِ لَيْلَةٌ، فَلَوْ بَدَأَ بِالْحُرَّةِ، فَعَتَقَتْ فِي لَيْلَتِهَا، أَوْ قَبْلَ انْقِضَاءِ لَيْلَةِ الْأَمَةِ، التَّحَقَّتْ بِالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَأَسْتَحَقَّتْ تَمَامَ لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ لَيْلَتِهَا، أَفْضَرَتْ عَلَى مَا مَضَى، وَسُوِّيَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَوْ بَدَأَ بِهَا فَعَتَقَتْ قَبْلَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، صَارَتْ [كَالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، وَجَبَ تَوْفِيَةُ الْحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ، ثُمَّ يُسَوَّى بَعْدَ ذَلِكَ] ^(١).

(السَّبَبُ الثَّانِي: تَجَدُّدُ النِّكَاحِ)، وَإِذَا نَكَحَ بَكْرًا جَدِيدَةً، بَاتَ عِنْدَهَا سَبْعًا، وَعِنْدَ الثَّيْبِ ثَلَاثًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْتَوِي فِيهِ الْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْإِنْفِ وَالطَّنْبِ، لَا يَتَغَيَّرُ بِالرُّقِّ؛ كَمُدَّةِ الْعِنَّةِ، ثُمَّ لَا يَقْضِي [ح] ^(٢) لِلْبَاقِيَاتِ هَذِهِ الْمُدَّةَ، بَلْ يَسْتَأْنِفُ الْقِسْمَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَهَذَا حَقُّ الْجَدِيدَةِ، فَإِنْ بَاتَ عِنْدَ الثَّيْبِ ثَلَاثًا، فَالْتَمَسَتْ زِيَادَةً، فَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَقَدْ أَلْتَمَسَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ^(٣) ^(٤).

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد التمست أم سلمة» روى الشافعي عن مالك، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عبد الملك بن أبي بكر عن عبد الرحمن أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تزوج أم سلمة، وقد أصبحت عنده، قال: «ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعتُ عندك، وسبعتُ عندهنَّ، وإن شئت ثلثتُ عندك ودزْتُ». قالت: ثلثتُ رواه مسلم مراسلاً وموضوعاً عن أبي بكر بن أبي شيبة، عن يحيى القطان عن سفيان الثوري، عن محمد بن أبي شيبة، عن يحيى القطان عن سفيان الثوري، عن محمد بن أبي بكر عن عبد الملك بن أبي بكر عن أبيه، عن أم سلمة.

وقوله: «وقد التمست أم سلمة ذلك» ليس في الروايات تصريح به، لكن روى بعضهم أنه لما أراد النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يخرج أخذت بثوبه، فقال صلى الله عليه وسلم: إن شئت زدتك وحاسبتك به. [ت]

والحديث أخرجه مالك (٥٢٩/٢) كتاب النكاح، باب المقام عند البكر والأيم، الحديث (١٤). ومسلم (١٠٨٣/٢) كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحق البكر والثيب من إقامة الزوج عندها - الحديث (١٤٦٠/٤٢). أحمد (٢٩٢/٦). والدارمي (١٤٤/٢) كتاب النكاح، باب الإقامة عند البكر والثيب إذا بنى بها. وأبو داود (٥٩٤/٢) كتاب النكاح، باب المقام عند البكر - الحديث (٢١٢٢). وابن ماجه (٦١٧/١) كتاب النكاح، باب الإقامة على البكر والثيب، الحديث (١٩١٧). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢٨/٣) كتاب النكاح، باب مقدار ما يقيم الرجل عند الثيب أو البكر إذا تزوجها. وأبو يعلى (٤٢٩/١٢) رقم (٦٩٩٦). وابن حبان (٤٠٧٣ - الاحسان). والدارقطني (٢٨٤/٣) كتاب النكاح، باب المهر، الحديث (١٤٣). وأبو نعيم في «الحلية» (٩٥/٧). والبيهقي (٣٠٠/٧). كتاب القسم والنشوز باب الحال التي يختلف فيها حال النساء من حديث أم سلمة.

(٤) قال الرافعي: «أم سلمة» هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشية، إحدى أمهات المؤمنين وكانت تحت أبي سلمة عبد الله بن عبد الأسد، وتزوجها رسول الله - صلى الله عليه وسلم =

ذَلِكَ: «إِنْ شِئْتَ، سَبَعْتُ عِنْدَكَ وَسَبَعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتَ، ثَلَّثْتُ عِنْدَكَ وَدُرْتُ»، وَكَأَنَّ أَفْتِرَاحَهَا الزِّيَادَةَ يُبْطِلُ حَقَّهَا مِنَ الثَّلْثِ، وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ عِنْدَهَا دُونَ أَفْتِرَاحِهَا، لَمْ يُبْطِلْ حَقَّهَا.

(الفصل الرابع في الظلم والقضاء) وفيه مسائل:

(الأولى:) أَنْ يَكُونَ تَحْتَهُ ثَلَاثُ نِسْوَةٍ، فَبَاتَ عِنْدَ اثْنَتَيْنِ عَشْرِينَ لَيْلَةً، أَسْتَحَقَّتِ الثَّالِثَةُ عَشَرَ لَيْالٍ، فَيَفْضِيهَا عَلَى الْوَلَاءِ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِي ذِمَّتِهِ، فَلَوْ نَكَحَ جَدِيدَةً، فَلَوَبَاتَ عِنْدَهَا عَشْرًا وَلَا، ظَلَمَ الْجَدِيدَةَ فَسَبِيلُهُ أَنْ يَفْضِيَ حَقَّ الْجَدِيدَةِ بِثَلَاثٍ أَوْ سَبْعٍ، ثُمَّ يَبِيتَ عِنْدَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ، وَعِنْدَ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةً؛ لِأَنَّ حَقَّ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةٌ مِنْ أَرْبَعٍ، وَلَوْ قَضَاهَا الْعَاشِرَةَ، ثُمَّ أَسْتَأْنَفَ الْقِسْمَ، عَادَ إِلَى الْجَدِيدَةِ فِي الْخَامِسَةِ، فَسَبِيلُ الْعَدْلِ أَنْ يَبِيتَ الْعَاشِرَةَ عِنْدَ الْمَظْلُومَةِ، وَيَثْبُتَ لِلْجَدِيدَةِ بِذَلِكَ ثُلُثُ لَيْلَةٍ فَيَبِيتُ عِنْدَ الْجَدِيدَةِ ثُلُثَ لَيْلَةٍ، وَيَخْرُجُ إِلَى بَيْتِ صَدِيقٍ أَوْ مَسْجِدٍ بَقِيَّةَ اللَّيْلِ، ثُمَّ يَسْتَأْنَفُ الْقِسْمَ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ نِصْفَ لَيْلَةٍ، وَأَخْرَجَهُ السُّلْطَانُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَ الْأُخْرَى نِصْفَ لَيْلَةٍ، وَيَخْرُجُ الْبَاقِي إِلَى الْمَسْجِدِ.

(الثانية:) لَوْ وَهَبَتْ نَوْبَهَا مِنْ ضَرَرَتِهَا، فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ الْقَبُولِ، فَإِنْ قَبَلَ، فَلَيْسَ لِلْمَوْهُوبَةِ الْأَمْتِنَاعُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ لَيْلَتَهَا مُتَّصِلَةً بِلَيْلَةِ الْوَاهِبَةِ، بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَفَصِّلَةً، فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُؤَالِيَ بَيْنَ لَيْلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَصَّصَ وَاحِدَةً، بَلِ الْوَاهِبَةُ كَالْمَعْدُومَةِ، ثُمَّ لَهَا الرُّجُوعُ، مَهْمَا شَاءَتْ، وَمَا فَاتَ قَبْلَ بُلُوغِ خَبَرِ الرُّجُوعِ، فَلَا يُفْضَى، كَمَا فَاتَ مَثَلًا مِنْ يَمَارِ الْبُسْتَانِ قَبْلَ مَعْرِفَةِ الرُّجُوعِ مِنَ الْمَيْحِ.

(الثالثة:) إِذَا ظَلَمَهَا بِعَشْرِ لَيَالٍ مَثَلًا، وَأَبَانَهَا فَقَدْ فَاتَ التَّدَارُكُ، وَبَقِيَ الْمَظْلَمَةُ، فَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، قَضَاهَا إِلَّا إِذَا نَكَحَ جَدِيدَاتٍ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي نِكَاحِهِ الْمَظْلُومَةَ بِهَا، فَيَتَعَذَّرُ الْقَضَاءُ وَيَبْقَى الْمَظْلَمَةُ.

(الفصل الخامس: في المسافرة بهن)

كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا هَمَّ بِسَفَرٍ، أَقْرَعَ^(١) (ح) بَيْنَهُنَّ فَاسْتَصَحَبَ وَاحِدَةً، ثُمَّ إِذَا

= وسلم - بعد وقعة «بدر»، روى عنها عبدالله بن عبدالرحمن بن أبي بكرة، وابنتها زينب بنت أبي سلمة وتوفيت في ولاية يزيد بن معاوية. [ت]

تنظر ترجمتها في طبقات ابن سعد ٨٦/٨ - ٩٦، طبقات خليفة ٣٣٤، المعارف ١٢٨، ١٣٦. الجرح والتعديل ٤٦٤/٩. تهذيب التهذيب ٤٥٥/١٢. شذرات الذهب ٦٩/١.

(١) قال الرافعي: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا هَمَّ بِسَفَرٍ أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ» روى الشافعي عن عمه محمد بن علي بن شافع عن ابن شهاب عن عُبَيْدِ اللَّهِ بن عبد الله عن عائشة أنها قالت: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا أَرَادَ سَفَرًا أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ فَأَيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمَهَا خَرَجَ بِهَا»

= وهو مخرج في «الصحيحين» مدرجا من قصّة الإفك. [ت]

عَادَ، دَارَ عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ (ح) قَضَاءٍ، فَصَارَ سُقُوطُ (ح) الْقَضَاءِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ مِنْ رُحْصِ السَّفَرِ، وَلَكِنْ بِأَرْبَعِ شَرَائِطَ: أَنْ يُفْرَغَ (ح م) أَوَّلًا، وَأَلَّا يَغْزَمَ عَلَى الثَّقَلَةِ، وَأَنْ يَكُونَ السَّفَرُ طَوِيلًا مُرْتَحِصًا؛ لِيَكُونَ فَوْزَهَا فِي مُقَابَلَةِ تَعَبِهَا، وَأَلَّا يَغْزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، فَإِنْ خَرَجَ لِلثَّقَلَةِ، أَوْ لِلتَّفَرُّجِ أَوْ عَرَضَ فِي سَفَرٍ قَصِيرٍ، قَضَى لِلْبَاقِيَاتِ^(١)، وَإِنْ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، قَضَى أَيَّامَ الْإِقَامَةِ، وَهَلْ يَقْضِي أَيَّامَ الرُّجُوعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ بِإِقَامَةِ يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ يَمْتَنِعُ بِهِ التَّرْحُصُ، وَإِنْ أَقَامَ أَيَّامًا فِي أَنْتِظَارِ إِنْجَازِ حَاجَتِهِ، ابْتَنَى الْقَضَاءُ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَرْحُصِهِ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَغْزَمَ عَلَى الثَّقَلَةِ، وَيُخَلَّفَ نِسَاءَهُ، وَلَوْ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ أَيَّامًا، ثُمَّ أُنْشَأَ سَفَرًا آخَرَ، لَمْ يَكُنْ عَزَمَ عَلَيْهِ أَوَّلًا، لَزِمَهُ قَضَاءُ تِلْكَ الْأَيَّامِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَزَمَ عَلَيْهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى أَيَّامِ الرُّجُوعِ، وَأَوَّلَى بِوُجُوبِ الْقَضَاءِ، وَلَوْ سَافَرَ بِأَثْنَتَيْنِ، عَدَلَ بَيْنَهُمَا بِالسَّفَرِ (ح)، وَإِنْ ظَلَمَ إِحْدَاهُمَا، قَضَى لَهَا؛ إِمَّا فِي السَّفَرِ، أَوْ فِي الْحَضَرِ، وَلَهُ أَنْ يُخَلَّفَ إِحْدَاهُمَا فِي بَعْضِ الْمَنَازِلِ بِالْقَرْعَةِ؛ وَلَوْ نَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، خَصَّهَا بِثَلَاثِ لَيَالٍ، أَوْ سَبْعٍ، ثُمَّ عَدَلَ بَعْدَهُ بَيْنَهُنَّ، وَلَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ، وَنَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، لَمْ يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ لِلْمُخَلَّفَاتِ، وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ زَوْجَتَانِ، فَنَكَحَ جَدِيدَتَيْنِ، وَسَافَرَ بِإِحْدَاهُمَا بِالْقَرْعَةِ، أُنْذِرَ حَقَّ الْجَدِيدَةِ فِي أَيَّامِ السَّفَرِ، فَإِنْ عَادَ، قَضَى حَقَّ الْجَدِيدَةِ الْمُقِيمَةِ بِسَبْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ.

وَقِيلَ: بَطَلَ أَيْضًا حَقُّهَا، لَانْقِضَاءِ الْوَقْتِ مِنْ أَوَّلِ الزَّوْفِ.

(الفصل السادس: في الشَّقَاقِ)، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ:

(الأوَّلَى) أَنْ يَكُونَ التُّشَوُّزُ مِنْهَا، فَلَهُ الْوَعْظُ، أَوْ مُهَاجَرَةُ الْمَضْجَعِ، أَوْ الضَّرْبُ (و) فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْوَعْظَ لَا يَنْجَعُ، كَانَ لَهُ الْبِدَايَةُ بِالضَّرْبِ، فَإِنْ أَفْضَى الضَّرْبُ إِلَى تَلَفٍ، فَعَلَيْهِ الْغَرْمُ؛ بِخِلَافِ الْوَلِيِّ؛ فَإِنَّهُ يُؤَدِّبُ الطِّفْلَ، لَا لِحِظْ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ نَاشِزَةً بِالْمَنْعِ مِنَ الْمُسَاكَنَةِ وَالْإِسْتِمْتَاعِ؛ بِحَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَى تَعَبٍ فِي رَدِّهَا إِلَى الطَّاعَةِ، وَحُكْمُ التُّشَوُّزِ سُقُوطُ النِّقْفَةِ، فَلَوْ مَنَعَتْ غَيْرَ الْجَمَاعِ مِنَ الْإِسْتِمْتَاعِ، أَحْتَمَلَ أَنْ يَنْقُطَ مِنَ النِّقْفَةِ بَعْضُهَا؛ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْأَمَةِ، إِذَا سُلِّمَتْ إِلَى الزَّوْجِ، لَيْلًا وَمُنِعَتْ نَهَارًا.

= والحديث أخرجه البخاري (٢١٨/٥) كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها، الحديث (٢٥٩٣) ومسلم (٢١٣٠/٤). كتاب التوبة، باب في حديث الإفك الحديث (٢٧٧٠/٥٦). والنسائي في الكبرى (٢٩٥/٥ - ٢٩٦) كتاب عشرة النساء، باب قرعة الرجل بين نسائه إذا أراد السفر حديث (٨٨٣١) وابن الجارود (٧٢٣) من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعلقمة ابن وقاص وعبيد الله بن عبد الله عن عائشة قالت: كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج في سفر أفرع بين أزواجه فأتيتهنَّ خرج سهمها خرج بها معه.

(١) قال الرافعي: «أو للتفرج أو عَرَضَ في سفر قصير قضى للباقيات» هذا وجه في السفر القصير، والأرجح عند صاحب «التهذيب» وجماعة أنه كالسفر الطويل في جواز استصحاب بعضهنَّ بالقرعة، وعدم القضاء.

[ت.]

(الحَالَةُ الثَّانِيَّةُ): أَنْ يَكُونَ الْعُدْوَانُ مِنْهُ بِالضَّرْبِ وَالْإِيذَاءِ، فَيَحَالُ بَيْنَهُمَا؛ حَتَّى يَعُودَ إِلَى الْعَدْلِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يُشْكِلَ الْأَمْرُ، فَيَبْعَثَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا؛ لِيَنْظُرَا [مَنِ الْجَانِي] ^(١)، ثُمَّ الصَّحِيحُ مِنَ الْقَوْلَيْنِ أَنََّّهُمَا وَكَيْلَانِ (م)، وَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُمَا فِي التَّفْرِيقِ إِلَّا بِالِإِذْنِ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنََّّهُمَا مُوَلَّيَانِ (ح و) مِنْ جِهَةِ الْحَاكِمِ؛ حَتَّى يَنْفُذَ طَلَاقُهُمَا وَخُلْعُهُمَا؛ وَعَلَى هَذَا يُشْتَرَطُ عَدَالَتُهُمَا وَهِدَايَتُهُمَا، وَلَا يُشْتَرَطُ اجْتِهَادُهُمَا، وَلَا كَوْنُهُمَا مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ.

(١) سقط من ط.

(كِتَابُ الْخُلْعِ^(١)، وَفِيهِ أَبْوَابُ:)

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي حَقِيقَةِ الْخُلْعِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ:)

(الْفَضْلُ الْأَوَّلُ: فِي أَثَرِهِ، وَفِيهِ قَوْلَانِ:

الصَّحِيحُ: أَنَّهُ طَلَاقٌ، وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَعُثْمَانَ^(٢) وَعَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ^(٣) أَجْمَعِينَ،

(١) الخلع لغة: التَّزْجُ، وهو استعارة من خَلَعَ اللِّبَاسَ؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فكان كل واحد نزع لباسه منه، وخالعت المرأة زوجها مُخَالَعَةً إذا افتدت منه، وطلَّقَهَا على القدية.
ينظر: لسان العرب: ١٢٣٢/٢، المصباح المنير: ٢٤٣/١، المطلع: ٣٣١.
واصطلاحاً:

- عرفه الْأَخَنَافُ بأنه: عبارة عن أَخْذِ المالِ بِإِزاءِ مِلْكِ النِّكَاحِ، بلفظ الخلع.

وعرفه الشَّافِعِيُّ بأنه: فُرْقَةٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِعَوَضٍ، بلفظ طَلَاقٍ أَوْ ضُلْعٍ.

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بِعَوَضٍ.

وعرفه الْحَنَابِلَةُ بأنه: فراق الزوجِ أَمْرَأَتَهُ، بِعَوَضٍ، يأخذه الزوج، بِالْفَاقِ مَخْصُوصَةً.

أنظر: تبيين الحقائق: ٢٦٧/٢، شرح فتح القدير: ٢١٠/٤، حاشية ابن عابدين: ٤٢٢/٣، الشرح

الصغير للدردير: ٣١٩/٣، بداية المجتهد: ٩٨/٢، الكافي: ٥٩٧/٢، المغني: ٥٣٦/٧.

(٢) قال الرافعي: «عثمان: هو عثمان بن عفان بن العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب أبو عبد الله ويقال: أبو عمرو ثالث الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ المشهود لهم بِالْجَنَّةِ، استغفر له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما تقدم وما تأخر من ذنبه، اسْتُخْلِفَ سنة أربع وعشرين غزاة المحرم، وقيل: لخمس وثلاثين لثمان عشرة خلت من ذي الحجة. [ت]

تنظر ترجمته من طبقات ابن سعد ٥٣/٣ - ٨٤، تاريخ الدوري ٣٩٤/٢، تاريخ خليفة وطبقاته ١٠، تاريخ البخاري الكبير: ت (٢١٩١)، تاريخه الصغير ٥٨/١ - ٧١، القضاة لوكيع ١١٠/١. الجرح والتعديل: ت (٨٨٢). الجمع لابن القيسراني ٣٤٧/١. المنتظم لابن الجوزي ١٣٧/٦، ٢٢١، ٢٢٤، ٣٠٨، الكامل في التاريخ ٤٤٦/١؟ ٥٩/٢، أسد الغابة ٣٧٦/٣، تهذيب النووي ٣٢١/١، والكشاف: ت (٣٧٧٧)، تذكرة الحفاظ ٨/١، العبر ٥/١، ١٠، ٣٠، تجريد أسماء الصحابة: ت (٤٠٠٤)، غاية النهاية لابن الجزري ٥٠٧/١، تهذيب التهذيب ١٣٩/٧ - ١٤٢، التقريب ١٢/٢، الإصابة ت (٥٤٤٨) خلاصة الخزرجي ت (٤٧٧١)، شذرات الذهب ١٠/١، ٢٥، ٣٠، ٣٣.

(٣) قال الرافعي: «وهو مذهب عمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم» أما أنه مذهب عمر فلم أجد له اسناداً. وأما أنه مذهب عثمان فقد رواه الشافعي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن مولى الأسمين عن أم بكرة الأسلمية - أنها اختلعت من زوجها ثم أتيا عثمان في ذلك، مقال. هي مطلقة قال ابن المنذر: وروي مثله عن علي، وضعف أحمد بن حنبل حديث عثمان، وحديث علي في إسناده فقال: وعن محمد بن إسحاق عن ابن خزيمة أنه قال: لا يثبت عن أحد أنه طلاق. [ت]

والحديث أخرجه الشافعي في المسند ٥١/٢ كتاب الطلاق، الباب في الخلع حديث (١٦٥) من طريق مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن حمran مولى الأسلمين عن أم بكر الأسلمية به.

وَمِنَ الْفُقَهَاءِ أَبُو حَنِيفَةَ وَالْمُزَنِّي رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ فُسِّخَ.

فَإِنْ جَعَلْنَاهُ فُسْحًا، فَلَفْظُ الْخُلْعِ صَرِيحٌ فِيهِ؛ لِتَكَرُّرِهِ عَلَى لِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرِيعَةِ، وَلَفْظُ الْفُسْخِ صَرِيحٌ عَلَى الْأَصَحِّ (و).

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ، لِأَنَّهُ لَا يُسْتَعْمَلُ فِي النِّكَاحِ، إِلَّا مَقْرُونًا بِعَيْنٍ أَوْ سَبَبٍ.

وَفِي لَفْظِ الْمُفَادَةِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ مَرَّةً فِي الْقُرْآنِ، وَهُوَ كَالْخِلَافِ فِي لَفْظِ الْإِمْسَالِ لِلْمُرَاجَعَةِ، وَلَفْظِ الْفَكِّ لِلْمَعْتَقِ، وَلَوْ نَوَى بِالْخُلْعِ طَلَاقًا عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، لَمْ يَنْقُذْ؛ لِأَنَّهُ وَجِدَ نَفَادًا فِي مَوْضِعِهِ صَرِيحًا، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ؛ فَإِنَّهُ صَرِيحٌ فِي الْإِرَامِ الْكِفَّارَةِ، وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ، نَقَذَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُخْتَصٍّ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى الْفُسْخِ بِعَيْنِهَا، فَقَالَ: فَسَخْتُ وَنَوَى الطَّلَاقَ، نَقَذَ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْفُسْخِ لَا يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْخُلْعُ طَلَاقٌ، فَلَفْظُ الْفُسْخِ كِنَايَةٌ فِيهِ، وَفِي الْمُفَادَةِ وَجْهَانِ، وَفِي لَفْظِ الْخُلْعِ قَوْلَانِ، فَإِنْ جَعَلْنَاهُ صَرِيحًا، فَجَرَى دُونَ ذِكْرِ الْمَالِ، كَانَ كِنَايَةً، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ هَلْ يَقْتَضِي مُطْلَقَةُ ثُبُوتِ الْمَالِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقْتَضِي مَهْرَ الْمِثْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَقْتَضِيهِ، وَجَعَلْنَاهُ فُسْحًا، لَعَا، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ طَلَاقًا، صَارَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، وَلَكِنْ يَفْتَقِرُ إِلَى قَبُولِهَا؛ لِاقْتِضَاءِ لَفْظِ الْمُخَالَعَةِ الْقَبُولِ، إِلَّا إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنِ الْيَمَاسَ جَوَابِهَا، أَوْ قَالَ: خَلَعْتُكَ، وَلَوْ نَوَى الرَّجُلُ الْمَالَ، قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَنْقُذُ مَا لَمْ يَبْثُ بِبَيْنِهَا أَيْضًا.

وَقِيلَ: لَا أَثَرَ لِبَيْنِهَا.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي نِسْبَةِ الْخُلْعِ إِلَى الْمُعَامَلَاتِ)، وَالتَّفْرِيعُ عَلَى أَنَّهُ طَلَاقٌ، فَتَقُولُ: لَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَ، أَوْ طَلَقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ؛ حَتَّى يَجُوزَ رُجُوعُهُ قَبْلَ قَبُولِهَا، وَلَا بُدَّ مِنْ قَبُولِهَا بِاللَّفْظِ فِي الْمَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: طَلَقْتُكَ ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ وَاحِدَةً عَلَى ثَلَاثِ الْأَلْفِ، لَمْ يَقَعْ، كَمَا لَوْ قَالَ: بَعَثْتُ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ، فَقَالَ: قَبِلْتُ ثَلَاثَةً بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَلَوْ قَبِلَتْ الْوَاحِدَةَ بِكَمَالِ الْأَلْفِ، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى الْأَطْهَرِ، وَأَسْتَحَقُّ الْأَلْفَ.

وَقِيلَ: يَسْتَحَقُّ مَهْرَ الْمِثْلِ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ أَضَلًّا.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً.

أَمَّا إِذَا أَتَى بِصِيغَةِ التَّغْلِيْقِ، فَقَالَ: مَتَى مَا أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ فَهَذَا تَغْلِيْقٌ مَحْضٌ، فَلَا يَخْتَاجُ (و) إِلَى قَبُولِهَا، وَلَا إِلَى إِعْطَائِهَا (و) فِي الْمَجْلِسِ، وَلَا لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْإِغْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي، فَهُوَ كَذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ يَخْتَصُّ (و) بِالْإِغْطَاءِ بِالْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ ذِكْرِ الْعَوَضِ يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ، وَلَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِصَرِيحِ قَوْلِهِ: «مَتَى مَا»، فَأَمَّا جَانِبُ الْمَرَاةِ، فَمُعَاوَضَةٌ

مَحْضَةً، حَتَّى يَجُوزَ لَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ الْجَوَابِ، وَإِنْ أَتَتْ بِصَرِيحِ صِيغَةِ التَّغْلِيْقِ، وَقَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ الْفَتْ، وَيَخْتَصُّ الْجَوَابُ بِالْمَجْلِسِ (و) أَيْضًا، نَعَمْ أَخْتُمِلُ مِنْهَا صِيغَةَ التَّغْلِيْقِ لِشَبْهِهِ بِالْجِعَالَةِ؛ فَإِنَّهَا بِذَلِكَ الْمَالِ فِي مُقَابَلَةٍ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى الْفَتْ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكَ وَاحِدَةً عَلَى ثَلَاثِ الْآلِفِ، اسْتَحَقَّ الثَّلَاثُ، كَمَا فِي نَظِيرِهِ مِنَ الْجِعَالَةِ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ الرَّجُلُ أَتَيْدَاءَ: طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا عَلَى الْفَتْ، فَقَبِلْتُ وَاحِدَةً، لَمْ يَقَعْ؛ لِأَنَّ مَا أَتَى بِهِ صِيغَةَ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكُمَا عَلَى الْفَتْ، فَقَبِلْتُ وَاحِدَةً عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لِأَنَّ الْجَوَابَ لَمْ يُوَافِقْ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنَا، فَأَجَابَ إِحْدَاهُمَا نَفَذَ، وَإِنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ، وَضَرَّتْكَ، فَقَبِلْتُ صَحَّ؛ لِأَنَّ الْمُتَعَدَّدَ هُوَ الْمَعْنُودُ عَلَيْهِ فَقَطْ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنَا، وَازْدَنَّا، فَأَجَابَهُمَا، ثُمَّ عَادَتَا إِلَى الْإِسْلَامِ، صَحَّ الْخُلْعُ، وَإِنْ تَحَلَّلَ كَلِمَةُ الرَّدَّةِ، وَهَذَا الْكَلَامُ الْيَسِيرُ لَا يَضُرُّ.

(البَابُ الثَّانِي فِي أَزْكَانِ الْخُلْعِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ: الْعَاقِدَانِ، وَالْعَوَضَانِ، وَالصَّيْغَةُ:

(الْأَوَّلُ: الْمُوجِبُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقِلًّا بِالطَّلَاقِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ السَّفِيهِ.

وَلَكِنْ لَا يَبْرَأُ الْمُخْتَلَعُ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ إِلَيْهِ، بَلْ إِلَى الْوَلِيِّ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْقَابِلُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِلتَّزَامِ الْمَالِ، وَالتَّزَامُ الْمُكَاتَبَةِ الْمَالِ فِي الْخُلْعِ

تَبَرُّعٌ، وَالتَّزَامُ الْأَمَّةُ فَاسِدٌ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، إِذَا عَتَقَتْ.

وَقِيلَ: يُبْنَى الْمُسَمَّى، وَيُطَالَبُ بَعْدَ الْعَتَقِ.

وَأَخْتِلَاعُهُمَا بِإِذْنِ السَّيِّدِ صَحِيحٌ، وَلَا يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِنًا لِلْمَالِ؛ فِي الْجَدِيدِ، وَأَخْتِلَاعُ السَّفِيهِ فَاسِدٌ لَا يُوجِبُ الْمَالِ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ، وَلَكِنْ إِذَا قَبِلْتُ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَإِذَا أَخْتَلَعْتَ الصَّبِيَّةَ، لَمْ يَقَعْ (و) الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا^(١)؛ لِأَنَّ لَفْظَهَا فِي الْقَبُولِ فَاسِدٌ، وَالْمَرِيضَةُ إِنْ أَخْتَلَعَتْ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، صَحَّ، وَالزِّيَادَةُ تُخْتَسَبُ مِنَ الثَّلَاثِ دُونَ الْأَصْلِ [ح م]^(٢).

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْمُعَوَّضُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِلزَّوْجِ، فَلَا [يَصِحُّ خُلْعُ]^(٣) الْبَائِنَةِ

وَالْمُخْتَلَعَةِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ الرَّجْعِيَّةِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِقِيَامِ الْمَلِكِ، وَيَصِحُّ (و) خُلْعُ الْمُرْتَدَّةِ إِنْ عَادَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ [انْقِضَاءِ]^(٤) الْعِدَّةِ، وَإِنْ أَصْرَتْ، تَبَيَّنَ الطَّلَاقُ [مِنَ الرَّدَّةِ]^(٥).

(١) قال الرافعي: «اختلفت الصبية لم يقع الطلاق رجعيًا» هذا وجه.

والثاني: يقع رجعيًا كما في السفية، ورجحه صاحب التهذيب وغيره. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) من أ: فلا يجوز.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من ط.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ؛ الْعَوْضُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا مُتَمَوِّلًا، فَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا، فَسَدَ الْخُلْعُ، وَتَفَدَّتِ الْبَيْتُونَةُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ.

وإِنْ اخْتَلَعَتْ بِخَمْرِ أَوْ مَغْضُوبٍ، لَزِمَ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ فِي قَوْلِ (ح م)، وَقِيَمَتُهُ، فِي قَوْلِ (ح و). وَلَوْ اخْتَلَعَتْ بِالْذَّمِّ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا؛ لِأَنَّهُ لَا يُفْصَدُ، وَالْمِثَّةُ قَدْ وَفَّقَتْ، فَهِيَ كَالْخَمْرِ، وَلَوْ قَالَ: خَالِغَهَا بِمِثَّةٍ، فَخَالَفَ الْوَكِيلَ، وَنَقَضَ، بَطَلَ الْخُلْعُ، وَلَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَلَوْ قَالَ: خَالِغَهَا مُطْلَقًا، فَتَقَضَّ عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، فَفِيهِ [خَمْسَةٌ]^(١) أَقْوَالٌ:

(أَحَدُهَا:) يَبْطُلُ؛ كَمَا لَوْ قُدِّرَ بِالْمِثَّةِ.

(وَالثَّانِي:) أَنَّهُ يَنْفَدُ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

(وَالثَّلَاثُ:) أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ الرُّوْحِ بَيْنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ.

(وَالرَّابِعُ:) يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَرْضَى بِالْمُسَمَّى، وَبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ الطَّلَاقَ رَجْعِيًّا.

(وَالْخَامِسُ:) أَنَّهُ إِنْ رَضِيَ بِالْمُسَمَّى، فَذَاكَ، وَإِلَّا أَمْتَنَعَ الطَّلَاقُ.

أَمَّا وَكَيْلُهَا بِالْاِخْتِلَاعِ بِمِثَّةٍ، إِذَا زَادَ، فَالْنَّصُّ وَقُوعُ (ز) الْبَيْتُونَةِ (و)، وَفِيمَا يَلْزَمُهَا قَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا:) مَهْرُ الْمِثْلِ.

(وَالثَّانِي:) يَلْزَمُهَا مَا سَمَتْ، وَزِيَادَةُ الْوَكِيلِ أَيْضًا يَلْزَمُهَا إِلَّا مَا جَاوَزَ مِنْ زِيَادَتِهِ عَلَى مَهْرِ

الْمِثْلِ.

وَأِنْ أَضَافَ الْوَكِيلُ الْاِخْتِلَاعَ إِلَى نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ الْمُسَمَّى، وَإِنْ لَمْ يُصْرَحْ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهَا، وَلَا إِلَى نَفْسِهِ، حَصَلَتْ الْبَيْتُونَةُ، وَعَلَيْهَا مَا سَمَتْ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى الْوَكِيلِ.

وَفِي قَوْلِ آخِرِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا أَيْضًا مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَهْرَ الْمِثْلِ، فَإِنْ جَاوَزَ مَهْرَ الْمِثْلِ، فَهِيَ عَلَى الْوَكِيلِ، وَإِنْ أَذِنَتْ مُطْلَقًا، فَهُوَ كَالْمُقَدَّرِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ: الصَّبْغَةُ)، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ بِدِينَارٍ؛ عَلَى أَنَّ لِي الرَّجْعَةَ، فَهُوَ طَّلَاقٌ (ح و) رَجْعِيٌّ، وَسَقَطَ الدِّينَارُ، عَلَى قَوْلِ (ح م)، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي^(٢)، فَسَدَ (م) شَرْطُ الرَّجْعَةِ، وَوَقَعَتِ الْبَيْتُونَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْمَرْأَةِ فِي الْخُلْعِ وَالتَّطْلِيقِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَسْتَقِيلُ بِهِمَا، وَلَا يَتَوَلَّى وَكِيلُ الْخُلْعِ الطَّرَفَيْنِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ حَوْلَيْنِ، وَتَحْضَنَهُ، صَحَّ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَيْهِ نَفَقَةَ عَشْرِ سِنِينَ، وَكَانَ مِمَّا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ،

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «فلو قال: طلقتك بدینار علی أن لی الرجعة فهو طلاق رجعی وسقط الدینار علی قول، وفی القول الثانی... إلى آخره» هذه طريقة والأكثر قطعوا بوقوع الطلاق رجعیاً، وسقط المال. [ت]

وَوَصَفُهُ، خُرَجَ (و) عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَ صَفَقَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ^(١)، فَإِنْ أَفْسَدْنَا، وَقَعَتِ الْبَيْتُونَةُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَيَقِيمُ الْمُوصُوفَاتِ؛ عَلَى قَوْلٍ، فَإِنْ صَحَّحْنَا، فَعَاشَ الْوَلَدُ أَسْتَوْفَاهُ، فَإِنْ كَانَ زَهِيدًا، فَالزِّيَادَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ رَغِيًّا، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، فَلَوْ مَاتَ، انْفَسَخَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَخُرَجَ فِي الْمَاضِي؛ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

(البَابُ الثَّالِثُ فِي مُوجِبِ الْأَلْفَافِ الْمُعْلَقَةِ بِالْإِعْطَاءِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ)

(الأُولَى): إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَقِيلَتْ، لَزِمَ الْأَلْفُ، فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، فَكَذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَلِي عَلَيْكَ أَلْفٌ، طُلِّقَتْ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، وَلَا يَلْزَمُ الْأَلْفُ؛ لِأَنَّهُ صِغَةُ إِخْبَارٍ، لَا صِغَةُ إِلْزَامٍ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْإِلْزَامَ، لَمْ يُؤْثَرْ تَوَافُقُهُمَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَحْتَمِلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنَّ لِي عَلَيْكَ أَلْفًا، فَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ^(٢)، لِأَنَّهُ صِغَةُ شَرْطٍ، وَالطَّلَاقُ لَا يَقْبَلُهُ، نَعَمْ لَوْ فُسِّرَ بِالْإِلْزَامِ، فَقَبُولُهُ خِلَافٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا، فَإِنْ ضَمِنْتَ فِي الْمَجْلِسِ، طُلِّقَتْ، وَلَزِمَهَا، وَلَوْ قَالَ: أَمْرُكَ بِيَدِكَ، فَطَلَّقِي نَفْسَكَ، إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا، فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ، وَطُلِّقْتُ، أَوْ قَالَتْ: طُلِّقْتُ، وَضَمِنْتُ، نَفَذَ، وَلَزِمَ الْمَالُ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا عَلَّقَ بِالْإِقْبَاضِ، أَوْ الْإِعْطَاءِ، أَوْ الْأَدَاءِ، اخْتَصَّ بِالْمَجْلِسِ إِلَّا إِذَا قَالَ: «مَتَى مَا»، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتَ، لَمْ تُطْلَقْ (و) إِلَّا بِمَشِيئَةِ فِي الْمَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، إِنْ شِئْتَ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، وَقِيلَتْ فِي الْمَجْلِسِ، طُلِّقْتُ، وَلَوْ أَقْتَصَرْتَ عَلَى أَحَدِ اللَّفْظَيْنِ، كَفَى؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي [أَلْفًا]^(٣) فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا وُضِعَتْ بَيْنَ يَدَيْهِ، طُلِّقَتْ، وَدَخَلَ الْمُعْطَى (و) فِي مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ مِنْهَا، لِإِضْرُورَةِ وَقْعِ الطَّلَاقِ بِالْعَوَضِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُعْطَى، لَكِنْ يُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَإِنْ عَلَّقَ عَلَى الْإِقْبَاضِ، لَمْ يَكْفِ الْوَضْعُ بَيْنَ يَدَيْهِ، مَا لَمْ يَأْخُذْهُ بِالْيَدِ، وَيَقْعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، لِأَنَّ لَفْظَ الْإِقْبَاضِ لَا يُنْبِئُ عَنِ الْمِلْكِ؛ بِخِلَافِ الْإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْإِقْبَاضَ كَالْإِعْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَعْطَتْ أَلْفَيْنِ، طُلِّقَتْ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ بِالْفَيْنِ، لَمْ يَصِحَّ.

(١) قال الرافعي: «وإن أضاف إليه نفقة عشر سنين، وكان مما يجوز السلم فيه ووصفه خرج على الجمع بين صفتين مختلفتين» هذه طريقة، والأصح القطع بالصحة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق على أن لي عليك ألفاً، فالطلاق رجعي» والذي أورده الأكثرون أن قوله: على أن لي عليك ألفاً، كقوله: أنت طالق أو طلقتك على ألف تحصل البيونة، وتلزم ألف. [ت]

(٣) سقط من ط.

(الرابعة) إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَفِي الْبَلَدِ نَقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ، وَالْغَالِبُ وَاحِدٌ، فَأَنْتَ بَعِيرُ الْغَالِبِ، طُلَّقْتَ لِعُمُومِ الْأَسْمِ، لَكِنْ عَلَيْهَا الْإِنْدَالُ بِالْغَالِبِ؛ لاختصاصِ الْمُعَاوَضَةِ بِهِ، وَلَقَطُ الْإِفْرَارِ أَيْضاً لَا يَخْتَصُّ بِالْغَالِبِ، بَلْ أَثَرُ الْعُرْفِ فِي الْمَعَامَلَةِ فَقَطْ، دُونَ التَّغْلِيْقِ وَالْإِفْرَارِ.

وَلَوْ أَثَرُ بِأَلْفٍ مَعِيْبٍ، طُلَّقْتَ؛ لِعُمُومِ الْأَسْمِ، وَعَلَيْهَا الْإِنْدَالُ بِالسَّلِيمِ؛ لِلْمُعَاوَضَةِ.

(الخامسة): إِنْ كَانَ الْغَالِبُ دَرَاهِمَ عَدَدِيَّةٍ نَاقِصَةً، لَمْ يَنْزِلْ عَلَيْهَا الْإِفْرَارُ وَالتَّغْلِيْقُ، وَهَلْ يَنْزِلُ عَلَيْهَا التَّبَعُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ وَيَقْبَلُ تَفْسِيرُ التَّغْلِيْقِ وَالْإِفْرَارِ بِالْمُعْتَادِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ؛ وَكَذَلِكَ لَا يَنْزِلُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ؛ لِأَنَّهَا نَاقِصَةٌ، وَلَكِنْ يَصِحُّ التَّعَامُلُ عَلَيْهَا، إِنْ كَانَ قَدْرُ الثَّقَرَةِ مَعْلُوماً، وَإِلَّا فَوَجْهَانِ^(١).

(السادسة): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي عَبْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَوَصَفَ الْعَبْدَ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلَمُ، فَأَنْتَ بِهِ، طُلَّقْتَ، وَمَلَكَ الزَّوْجُ الْعَبْدَ، وَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ الْعَبْدِ، طُلَّقْتَ بِكُلِّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ أَسْمُ الْعَبْدِ مِنْ مَعِيْبٍ وَسَلِيمٍ، لَكِنْ يُرَدُّ عَلَيْهَا وَيُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ مُجْهُوْلٌ، وَلَوْ أَثَرُ بَعِيدٍ مَغْضُوبٍ، فَبَيْنِ وَفُوعِ الطَّلَاقِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي خَمْرًا، فَأَنْتَ بِخَمْرِ مَغْضُوبٍ، فَوَجْهَانِ، مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْوُفُوعِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي هَذَا الْعَبْدَ، فَأَعْطَتْ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقًّا، فَهَلْ يَتَبَيَّنُ أَنَّ الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي هَذَا الْخُرَّ، وَقَعَ الطَّلَاقُ بِإِعْطَائِهِ، رَجْعِيًّا. وَقِيلَ: يُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيَكُونُ بَاقِيًا^(٢).

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي هَذَا الثَّوبَ الْمَرْوِيَّ، فَإِذَا هُوَ مَرْوِيٌّ، طُلَّقْتَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ غَلَطٌ فِي الْوَضْفِ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُ عَلَى هَذَا الثَّوبِ؛ عَلَى أَنَّهُ مَرْوِيٌّ، فَإِذَا هُوَ مَرْوِيٌّ، نَقَدَتِ الْبَيِّنَةُ، وَلِلزَّوْجِ خِيَارُ الْخُلْفِ فِي الْعَوْضِ دُونَ الطَّلَاقِ^(٣).

(الباب الرابع في سؤال الطلاق، وفيه فصول):

(الأول في ألفاظه)، وفيه صور: (الأولى): إِذَا قَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، اخْتَصَرَ الْجَوَابُ بِالْمَجْلِسِ؛ بِخِلَافِ قَوْلِهِ لَهَا: مَتَى مَا أَعْطَيْتَنِي، وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ طَلَّقْتَنِي، فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الصَّدَاقِ، فَطُلَّقَ، فَهُوَ رَجْعِيٌّ، وَلَا يَخْصُلُ الْبَرَاءَةُ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْقَ الْبَرَاءَةِ لَا يَصِحُّ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فَطُلَّقَ، لَزِمَهَا (ح و) الْأَلْفُ، وَصَلَحَتْ هَذِهِ الصَّيْغَةُ مِنْهَا لِلْإِزَامِ، وَإِنْ لَمْ

(١) قال الراعي: «ولكن يصح التعامل عليها إن كان قدر الفقرة معلوماً وإلا فوجهان، صورة الوجهين قد ذكرها مرة في الزكاة. [ت]

(٢) قال الراعي: «ولو قال: إن أعطيتني هذا الخُرَّ وقع الطلاق بإعطائه رجعيًّا وقيل: يرجع إلى مهر المثل، ويكن بائنًا، الأشبه الثاني، وسياق الكتاب يشعر بترجيح الأول. [ت]

(٣) قال الراعي: «وللزواج خيار الخلف في العوض دون الطلاق» قد سبق في الخلع والطلاق ما نفى عنه. [ت]

يُضْلَخُ مِنْهُ لِلْإِتْرَامِ، وَلَوْ قَالَ: بَغْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَذَلِكَ لَا يُحْتَمَلُ فِي الْبَيْعِ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْمَالَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لَمْ أَقْصِدِ الْجَوَابَ؛ حَتَّى يَكُونَ رَجْعِيًّا، وَلَوْ قِيلَ: لَهُ أَطَلَّقْتُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَهُوَ مُتَعَيِّنٌ لِلْجَوَابِ^(١)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقِلٍّ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبْنِي، فَقَالَ: أَبْنَيْتُكَ، فَإِنْ نَوَيْتَ، فَقَدْ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ، أَوْ لَمْ يَنْوِ الزَّوْجَ، لَعَا، وَإِنْ نَوَى، دُونَهَا نُظِرَ؛ فَإِنْ ذَكَرَ الْمَالَ، لَمْ يَنْفُذْ، لِأَنَّهَا لَمْ تَلْتَزِمَ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ، فَقَدْ رَجْعِيًّا، وَإِنْ ذَكَرَ الْمَالَ دُونَهَا، لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَإِنْ ذَكَرَتْ فِي الْإِتْمَاسِهَا، فَقَالَتْ: أَبْنِي بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَبْنَيْتُكَ، فَهُوَ كَمَا إِذَا ذَكَرَا جَمِيعًا إِلَّا أَنْ يَقُولَ: قَصَدْتُ الْإِبْتِدَاءَ، دُونَ الْجَوَابِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبْنِي، فَقَالَ: أَبْنَيْتُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ، مَعَ بَيْتِهِ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَلَمْ يَنْبُتِ الْمَالُ؛ بِخِلَافِ لَفْظِ الْخُلْعِ؛ فَإِنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ الْمَالِ، فَيَقْتَضِيهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي الْإِتْمَاسِهَا طَلَاقًا مُقْبِدًا بَعْدَ)، وَفِيهِ صُورٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، اسْتَحَقَّ ثُلُثُ الْأَلْفِ؛ بِخِلَافِ جَانِبِهِ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ إِلَّا طَلَقَةٌ، وَطَلَّقَ الْآخِرَةَ، اسْتَحَقَّ (ز) تَمَامَ الْأَلْفِ، وَإِنْ بَقِيَ طَلَقَتَانِ، اسْتَحَقَّ بِالْوَاحِدِ ثُلُثُ الْأَلْفِ، فَإِنْ أَوْفَعَهُمَا، اسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ (ز) لِأَنَّهُ أَفَادَ الْبَيِّنُونَ الْكُبْرَى، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي عَشْرًا بِأَلْفٍ، اسْتَحَقَّ بِالْوَاحِدَةِ عَشَرَ الْأَلْفِ، وَبِالثَّلاثِ خُمُسَهُ، وَبِالثَّلَاثِ الْجَمِيعَ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، وَثْنَتَيْنِ مَجَانًا، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ الْأُولَى بِثُلُثِ الْأَلْفِ، وَالثَّانِي لَا يَقَعَانِ؛ لِأَنَّهَا بَائِنَةٌ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ الْأُولَى لَا تَقَعُ؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهَا إِلَّا بِالْأَلْفِ، وَهِيَ، مَا قَبِلَتْ إِلَّا بِثُلُثِ الْأَلْفِ، وَالثَّانِي بَعْدَهَا تَقَعَانِ رَجْعِيَّتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ فِي الْجَوَابِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً مَجَانًا، وَثْنَتَيْنِ بِثُلُثِي الْأَلْفِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، وَابْنَتِي الثَّانِي عَلَى مُحَالَعَةِ الرَّجْعِيَّةِ، فَإِنْ جَوَزْنَا، نَفَذْنَا بِثُلُثِي الْأَلْفِ، وَإِلَّا وَقَعَتْ بِغَيْرِ مَالٍ؛ كَمُحَالَعَةِ السَّفِيهَةِ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، اسْتَحَقَّ (ح) تَمَامَ الْأَلْفِ؛ لِأَنَّهُ أَجَابَ وَزَادَ، فَلَوْ ذَكَرَ الْمَالَ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَهُوَ كَمَا إِذَا لَمْ يَذْكُرْ.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا صَرِيحٌ فِي التَّوْزِيْعِ، وَمُقَابَلَةٌ كُلُّ طَلَقَةٍ بِثُلُثِ الْأَلْفِ، فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ الْإِلْتِمَاسَ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْأُولَى يَقَعُ فَقَطْ؛ لِأَنَّهَا أَلْتَمَسَتْ بِأَلْفٍ، وَأَجَابَهَا بِثُلُثِ الْأَلْفِ، فَقَدْ أَحْسَنَ، وَبَلَزَمَ مِنْ هَذَا أَنْ يَقُولَ: بَغْنِي بِأَلْفٍ، فَيَقُولَ: بِغْنُكَ بِخُمْسِمِائَةٍ؛ أَنَّهُ يَصْخُ، وَذَلِكَ بَعِيدٌ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي نِصْفَ طَلَقَةٍ بِأَلْفٍ، أَوْ طَلَّقَ نِصْفِي بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ، بَانَثَ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِفَسَادِ صِبْغَةِ الْمُعَاوَضَةِ. وَقِيلَ: عَلَيْهَا الْمُسَمَى (ز).

(١) قال الرافعي: «ولو قيل له: أطلقت زوجتك؟ فقال: نعم فهو متعين للجواب» هذه الصورة مذكورة في أواخر «كتاب الطلاق» بأكثر مما ذكرها والمقصود ههنا إظهار الفرق بين أن يقول: لم أقصد الجواب بقولي: نعم وبين قوله: طلقتك. [ت]

(الفصلُ الثالثُ: في المُعلَّقِ بِرَمَانٍ)، وفيهِ صَوْرٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقَنِي غَدًا، وَلَكَ أَلْفٌ، اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ، مَهْمَا طَلَّقَ، إِمَّا فِي الْغَدِ، وَإِمَّا قَبْلَهُ، وَإِنْ طَلَّقَ بَعْدَهُ، نَفَذَ رَجْعِيًّا؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ، وَلَوْ قَالَتْ: لَكَ أَلْفٌ إِنْ طَلَّقْتَنِي فِي جَمِيعِ هَذَا الشَّهْرِ، وَلَمْ تُؤَخِّرْ، اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ، إِنْ وَاَفَقَ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، فَإِنَّهُ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِطَّلَاقٍ فِي الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ الْعَوَضِ عَارِضٌ عُمُومَ «مَتَى مَا»، وَلَا يُعَارِضُ صَرِيحَ التَّخْيِيرِ، وَقَدْ قِيلَ بِنَقْلِ الْجَوَابِ مِنْ كُلِّ مَسْأَلَةٍ إِلَى أُخْتِهَا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَتْ فِي الْحَالِ: قَبِلْتُ^(١)، وَقَعَ الطَّلَاقُ غَدًا، وَاسْتَحَقَّ مَهْرَ الْمِثْلِ؛ عَلَى وَجْهِ، لِفَسَادِ الْمُعَاوَضَةِ بِالتَّغْلِيْقِ، وَالْمُسْمَى، عَلَى وَجْهِ؛ لاختِمَالِ التَّغْلِيْقِ فِيهِ.

وفيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ أَضَلًا.

(الفصلُ الرَّابِعُ في اخْتِلَاعِ الْأَجْنَبِيِّ)، وَهُوَ صَحِيحٌ كَاخْتِلَاعِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَاهَا، لَكِنَّ الْمَالَ يَجِبُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا عَنْ جِهَتِهَا، تَخَيَّرَ بَيْنَ أَنْ يَخْتَلِعَ مُسْتَقِلًّا، أَوْ بِالْوَكَاةِ، وَيُعْرِضُ ذَلِكَ مِنْ لَفْظِهِ وَيَتَيْتُهُ، فَإِنْ لَمْ يُصْرَحْ بِالسَّفَارَةِ، وَنَوَى النِّيَابَةَ^(٢)، تَعَلَّقَتْ بِهِ الْعُهُدَةُ؛ كَمَا فِي الشَّرَاءِ (ز)، وَإِنْ اخْتَلَعَ بِوَكَاةِهَا، ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ كَاذِبٌ، تَبَيَّنَ أَنَّ الطَّلَاقَ غَيْرُ وَاَقِعٍ، وَلَوْ كَانَ الْمُخْتَلِعُ أَبَاهَا، وَهِيَ طِفْلٌ، فَهُوَ كَالْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ اخْتَلَعَ بِنِيَابَتِهَا، لَمْ يَصَحَّ؛ كَالْوَكِيلِ الْكَاذِبِ، وَإِنْ اخْتَلَعَ اسْتِقْلَالًا، وَلَكِنْ بَعَيْنَ مَالِهَا، فَهُوَ كَخُلْعِ الْأَجْنَبِيِّ بِالْمَغْضُوبِ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِنِيَابَةٍ وَلَا اسْتِقْلَالٍ، وَلَكِنْ اخْتَلَعَ بِعَبْدٍ، ذَكَرَ أَنَّهُ مِنْ مَالِهَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَكَانَ كَالسَّفِيهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ يَخْتَلِعُ بِالْمَغْضُوبِ.

وَقِيلَ أَيْضًا فِي الْمَغْضُوبِ: يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا.

وَإِنْ اخْتَلَعَهَا بِالْبِرَاءَةِ عَنِ الصَّدَاقِ، صَحَّ (و) إِنْ جَوَّزْنَا لِلْوَلِيِّ الْعَفْوَ، وَإِلَّا فَالطَّلَاقُ يَقَعُ رَجْعِيًّا؛ عَلَى وَجْهِ، وَهُوَ كَالْوَكِيلِ الْكَاذِبِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَوْ قَالَ: اخْتَلَعْتُهَا، وَأَنَا ضَامِنٌ بِرَاءَتِكَ عَنِ الصَّدَاقِ، فَالْقِيَاسُ أَنَّ الطَّلَاقَ رَجْعِيٌّ (و)، وَإِنْ قَالَ: اخْتَلَعْتُ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ، إِنْ طَوَّلْتُ بِالصَّدَاقِ^(٣)، فَالطَّلَاقُ بَائِنٌ، وَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ.

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق غداً على ألف فقالت في الحال: قبلت... إلى آخره» الخلاف في أنه

يجب مهر المثل أهر المسمى؟ فيه أوجه لابن سريج. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن لم يصرح بالسفارة، ونوى النيابة» كان الأحسن أن يطرح لفظ النيابة ويقول: ونواها.

[ت]

(٣) في ط: بالطلاق.

(البَابُ الْخَامِسُ فِي النِّزَاعِ)

وَلَهُ صُورٌ:

(إِخْدَاهَا): أَنْ يَقَعَ فِي أَصْلِ ذِكْرِ الْعِوَضِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، إِذْ أَنْكَرَتْ الْعِوَضَ، وَالْبَيِّنُونَةُ تَحْصُلُ مُوَآخَذَةً لَهُ بِقَوْلِهِ.

(الثَّانِيَةُ): النِّزَاعُ فِي جِنْسِ الْعِوَضِ وَقَدَرِهِ يُوجِبُ (ح) التَّحَالُفَ وَالرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ؛ كَمَا فِي الصَّدَاقِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا تَوَافَقَا عَلَى جَرَيَانِ الْخُلْعِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ مُطْلَقٍ، وَفِي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ لَا غَالِبَ فِيهَا، وَلَكِنْ نَوِيًا نَوْعًا وَاحِدًا، فَهَذَا لَا يُحْتَمَلُ فِي الْبَيْعِ؛ لَجَهَالَتِهِ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ، وَيُحْتَمَلُ فِي الْخُلْعِ، وَلَا يُحْتَمَلُ فِي الْخُلْعِ أَنْ يَذْكَرَ مُجَرَّدُ الْأَلْفِ وَلَا يَتَعَرَّضَ لِلنَّوْعِ^(١)، وَأَشَدُّ اخْتِمَالًا مِنْهُ أَنْ يَقُولَ: أَلْفٌ وَشَيْءٌ، فَيُفْسَدَ الْخُلْعُ لِلْإِجْمَالِ، وَلَا يُؤَثِّرُ النِّيَّةُ مَعَ التَّوَافُقِ.

وَلَوْ تَنَازَعَا، فَقَالَ: أَرَدْنَا بِالذَّرَاهِمِ الثُّقْرَةَ، فَقَالَتْ: بَلْ أَرَدْنَا الْفُلُوسَ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّهُ نِزَاعٌ فِي الْجِنْسِ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِرَادَةِ الذَّرَاهِمِ، وَلَكِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ الْفُلُوسَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، فَإِنْ حَلَفَتْ، بَانَتْ، وَلَا عِوَضَ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِرَادَتِهَا الْفُلُوسَ، وَلَكِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الذَّرَاهِمَ، وَلَا فُرْقَةَ، فَالْبَيِّنُونَةُ حَاصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِظَاهِرِ التَّوَافُقِ عَلَى الذَّرَاهِمِ لَفْظًا، وَجَرَيَانِ الْخُلْعِ، وَالنِّيَّاتِ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهَا، وَلَا شَيْءٌ لِلرُّجُوعِ؛ لِإِنْكَارِهِ الْفُرْقَةَ.

وَقِيلَ: لَهُ مَهْرُ الْمَثَلِ.

(الرَّابِعَةُ) إِذَا تَنَازَعَا فِي الْمُعَوَّضِ، فَقَالَتْ: سَأَلْتُكَ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ بِأَلْفٍ، فَأَجَبْتَنِي، فَقَالَ: بَلْ سَأَلْتُ وَاحِدَةً، فَقَدْ أَتَّفَقَا عَلَى الْأَلْفِ، وَتَنَازَعَا فِي مِقْدَارِ الْمُعَوَّضِ، فَيَتَحَالَفَانِ، وَلَهُ مَهْرُ الْمَثَلِ، فَأَمَّا عَدَدُ (و) الطَّلَاقِ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلَّا قَوْلُهُ.

(الْخَامِسَةُ): إِذَا ادَّعَى عَلَيْهَا اخْتِلَاعَ، فَأَنْكَرَتْ، وَقَالَتْ: اخْتَلَعَنِي أَجْنَبِيٌّ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ الْعِوَضِ، وَبَانَتْ لِقَوْلِهِ، وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَغْتِرَافِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: اخْتَلَعْتُ، وَلَكِنْ بِوَكَالَةِ أَجْنَبِيٍّ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَصْلِ الْعَقْدِ، وَاخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْإِضَافَةِ.

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِإِنْكَارِهَا أَصْلَ الْإِنْتِزَامِ.

(١) قال الرافعي: «ولا يحتمل في الخلع أن يذكر مجرد الألف، ولا يتعرض للنوع»، والذي يوجد للأصحاب العراقيين وغيرهم أنه يحتمل. [ت]

(كِتَابُ الطَّلَاقِ)^(١)

[وَالنَّظَرُ فِي شَرَطَيْنِ: الْأَوَّلُ: فِي عُمُومِ حُكْمِهِ]^(٢)،

وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:

(أَلْبَابُ الْأَوَّلِ: فِي السُّنَّةِ وَالْبِدْعَةِ، وَفِيهِ فَصْلَانِ)

(الْأَوَّلُ: فِي بَيَانِ الْبِدْعِيِّ)، وَهُوَ الطَّلَاقُ الْمُحَرَّمُ إِيقَاعُهُ، وَلِتَحْرِيمِهِ سَبَبَانِ:

(أَحَدُهُمَا): الْحَيْضُ؛ فَيَمْنُ تَعْتَدُ بِالْحَيْضِ، وَطَّلَاقُ الْحَائِضِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِدْعِيٍّ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ

(١) الطلاق: اسم مصدر لـ «طلق» بالتشديد ومصدره التطلق، ومصدر «طلق» بالتخفيف يقال: أطلقت المرأة طلاقاً، فهي طالق. وكثيراً ما تفرق العرب بين اللفظية عند اختلاف المعنيين، تقول: طلقت إبلي وأسيري، وطلقت امرأتي. فاستعملوا في النكاح التفصيل، ولهذا لو قال لزوجته: أنت مطلقة بالتشديد كان صريحاً، وبالتخفيف كان كناية وله معان كثيرة: ومنها الفراق، والترك؛ يقال: طلقت القوم تركتهم، وطلقت «فارقتها». ومنه قول الشاعر: [الوافر]

عَطَارِفَةٌ تَرَوْنَ الْمَجْدَ غَنَمًا إِذَا مَا طَلَّقَ الْبَرْمُ الْعِيَالَا

تركهم كما يترك الرجل المرأة، ومنها التخلية والإرسال، أخذ من قولهم: طالق إذا خلّيت مهملة بغير راع. وفي حديث ابن عمر: «والرجل الذي قال لزوجته أنت طالق» وطلقت الأسير، أي خليته. وأنشد سيبويه. [الوافر]

طَلِيْقُ الْأَلَمِ يَمْنُنُ عَلَيْهِ أَبُو دَاوُدَ وَإِنَّ أَبِي كَبِيرٍ

حين «خرج ومعه الطلقاء» هم الذين خلّى عنهم يوم فتح «مكة» وأطلقهم فيهم، وأحدهم طليق وهو الأسير، إذا أطلق سبيله. ومنها حل القيد حسيّاً كقيد الفرس، أو معنويّاً كالعصمة فإنها تحل بالطلاق. ومن هذا حبسوه في السجن طلقاً أي: بغير قيد، ويقال للإنسان إذا عتق: طليق، أي صار حراً. وقال الجوهري «بغير طلق، وناق طلق، أي غير مقيدة، وأطلقت الناقة من العقال فطلقت».

ينظر: الصحاح ١٥١٨/٤، المغرب ٢٩٢، لسان العرب ٢٢٥/١٠، والمصباح المنير ٥٧٣/٢. اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: إزالة النكاح الذي هو قيدٌ معنى.

عرفه الشافعية بأنه: حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو هو: تصرف مملوك للزوج يُخْذِثه بلا سبب، فيقطع النكاح.

عرفه المالكية بأنه: إزالة القيد، وإرسال العِصْمَةِ؛ لأن الزوجة تزول عن الزوج.

عرفه الحنابلة بأنه: حلّ قيد النكاح أو بعضه.

ينظر: الاختيار لتعليل المختار ص ٦٢، التبيين ١٨٨/٢، الدرر ٣٥٨/١، البدائع ١٧٦٥/٤ الخرخشي على مختصر سيدي خليل ١١/٣، الكافي ٥٧١/٢، كشاف القناع ٢٣٢/٥، والمغني ٣٦٣/٧.

(٢) سقط من أ، ب

تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ؛ إِذْ بَقِيَّةُ الْحَيْضِ لَا تُخْتَسَبُ.

وَلَا بِدَعَةٍ فِي طَلَاقٍ غَيْرِ الْمَمْسُوسَةِ، وَلَا سُنَّةَ، وَيَجُوزُ خُلْعُهَا.

فَقِيلَ: لِأَنَّ ذَلِكَ تَطْوِيلٌ بِرِضَاهَا، فَيَجُوزُ الطَّلَاقُ بِرِضَاهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَوْضٌ، وَلَا يَجُوزُ اخْتِلَاعُ الْأَجْنَبِيِّ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ مُعَلَّلٌ بِضُرُورَةِ الْاِفْتِدَاءِ.

وَلَا يَجُوزُ الطَّلَاقُ بِسُؤَالِهَا، وَيَجُوزُ خُلْعُ الْأَجْنَبِيِّ، وَكَذَلِكَ يُطَلَّقُ عَلَى الْمَوْلَى، وَإِنْ كَانَ فِي الْحَيْضِ؛ لِلضَّرُورَةِ.

وَمَنْ طَلَّقَ فِي حَالِ الْحَيْضِ، فَيُسْتَحَبُّ (م) أَنْ يُرَاجِعَهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهَرَ، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا إِنْ شَاءَ لِئَلَّا يَكُونَ الرَّجْعَةُ لِلطَّلَاقِ.

وَتَرَدَّدُوا فِي أَنَّهُ، هَلْ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُجَامِعَهَا؟ وَقِيلَ: يُرَاجِعُهَا حَتَّى تَطْهَرَ، فَيُطَلِّقَ فِي الطَّهْرِ الْأَوَّلِ.

وَلَا بِدَعَةٍ (ح) فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ (ح م)، وَلَكِنَّ الْأَوَّلَى التَّفْرِيقُ؛ حَذَرًا مِنَ النَّدَمِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الْحَيْضِ، فَهُوَ بِذِعِي فِي وَجْهِ؛ لِافْتِرَائِهِ بِالْحَيْضِ، وَسُنِّي مِنْ وَجْهِ؛ لِاسْتِغْفَائِهِ الطَّهْرَ الْمَحْسُوبَ؛ وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطَّهْرِ. وَلَكِنْ بِالْعَكْسِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ فِي الْحَيْضِ لَكِنْ لَوْ دَخَلْتَ، وَهِيَ طَاهِرَةٌ، يُعَدُّ سُنِّيًّا، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا، يُعَدُّ بِذِعِيًّا؛ فَيُسْتَحَبُّ الْمَرَّاجَعَةُ.

(السَّبَبُ الثَّانِي: إِنْكَانُ الْحَمْلِ)، وَالطَّلَاقُ فِي طَهْرِ جَامِعِهَا فِيهِ، أَوْ اسْتَدَخَلَتْ مَاءَهُ، بِذِعِيٍّ، فَإِنْ ظَهَرَ كَوْنُهَا حَامِلًا، لَمْ يَكُنْ بِذِعِيًّا؛ لِأَنَّهُ طَلَّقَ عَلَى ثِقَةٍ [مِنْ نَفْسِهِ] ^(١).

وَلَوْ وَطَّنَهَا فِي الْحَيْضِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، قِيلَ: لَا يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ بَقِيَّةَ الْحَيْضِ تَدُلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ. وَقِيلَ بِالتَّخْرِيمِ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا بِدَعَةٍ فِي خُلْعِهَا.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ أَمَدَ الْحَمْلِ لَا يَتَعَلَّقُ بِرِضَاهَا، وَالْعِدَّةُ حَقُّهَا؛ فَيَجُوزُ أَنْ تَتَأَثَّرَ بِرِضَاهَا.

وَالْأَيْسَةُ، وَالصَّغِيرَةُ، وَغَيْرُ الْمَمْسُوسَةِ، وَالْحَامِلُ يَبْقِي، لَا بِدَعَةٍ فِي طَلَاقِهَا أَصْلًا.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْلِيظِ بِالسُّنَّةِ وَالْبِدْعَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الْأَوَّلَى): إِذَا قَالَ لِلْحَائِضِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ، طَلَّقَتْ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ: لِلْسُّنَّةِ، لَمْ تُطَلَّقْ حَتَّى تَطْهَرَ (ح).

وَلَوْ قَالَ لِلطَّاهِرِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَالَ: لِلْبِدْعَةِ، فَإِذَا جَامَعَهَا، أَوْ حَاصَتْ، طُلُقَتْ، وَاللَّامُ فِيمَا يَنْتَظَرُ لِلتَّأْوِيْتِ؛ كَقَوْلِهِ؛ أَنْتِ طَالِقٌ لِرَمْضَانَ؛ بِخِلَافِ قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِرِضَاءِ فُلَانٍ؛ فَإِنَّهُ لِلتَّغْلِيلِ، فَيَقَعُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ سَخِطَ فُلَانٌ فَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ التَّأْوِيْتِ يُدَيِّنُ بَاطِنًا، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

فَلَوْ قَالَ لِصَغِيرَةٍ، أَوْ غَيْرِ مَمْسُوسَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، أَوْ لِلْبِدْعَةِ، وَقَعَ فِي الْحَالِ؛ وَكَأَنَّ اللَّامَ لِلتَّغْلِيلِ، وَسَقَطَ قَوْلُهُ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ الْمُضَافُ إِلَى الْبِدْعَةِ؛ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا، وَتَحْبِضَ، وَإِنْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ، يَقَعُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ طَلَّاقٌ لَا تَحْرِيمَ فِيهِ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا قَالَ لِلطَّاهِرَةِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا؛ بَعْضُهُنَّ لِلسُّنَّةِ، وَبَعْضُهُنَّ لِلْبِدْعَةِ، يُحْمَلُ عَلَى التَّشْطِيرِ مُطْلَقًا، فَيَقَعُ فِي الْحَالِ طَلْقًا وَنِصْفٌ لِكِتْمَلِ فِي الْحَالِ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ الْمُزْنِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - تَقَعُ وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الْبَعْضَ مُجْمَلٌ، وَأَقْلَهُ الْوَاحِدُ؛ فَيَنْزِلُ عَلَيْهِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ فِي الْحَالِ ثَلَاثَةَ أَنْصَافٍ، كَمُلَ الثَّلَاثُ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ وَاحِدَةً فِي الْحَالِ، وَثْنَتَيْنِ فِي الْأَسْتِقْبَالِ؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ. وَقِيلَ: لَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الثَّانِيَيْنِ بَعْضًا بَعِيدٌ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَجْمَلُ الطَّلَاقِ، وَأَفْضَلُهُ، وَأَحْسَنُهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ؛ فَلَا يَقَعُ فِي حَالَةِ الْحَبِضِ.

وَلَوْ قَالَ: أَتَبَحَ الطَّلَاقِ، وَأَسْمَحُهُ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: لِلْبِدْعَةِ.

وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً قَبِيحَةً حَسَنَةً، أَوْ سُئِيَةً بِذِعِيَّةٍ فَيُلْغَوِ الْوَصْفُ؛ لِتَنَاقُضِهِ، وَيَقَعُ أَضْلُ الطَّلَاقِ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فِي كُلِّ قُرَى طَلْقَةً، نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَهِيَ حَائِضٌ، لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ كَانَتْ طَاهِرَةً، وَقَعَتْ وَاحِدَةً، وَبَانَتْ؛ فَلَا تَلْحَقُ الثَّانِيَةَ.

وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا قَبْلَ الطُّهْرِ الثَّانِي، لَحِقَ الثَّانِيَةُ، وَالثَّالِثَةُ؛ عَلَى قَوْلِ عَوْدِ الْحِنْثِ.

فَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الطُّهْرِ، لَمْ يَقَعْ، لِانْحِلَالِ الْيَمِينِ بِالطُّهْرِ قَبْلَ التَّجْدِيدِ.

وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا، لَحِقَهَا الثَّلَاثُ فِي ثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ، وَقَدْ شَرَعَتْ بِالْأُولَى فِي الْعِدَّةِ.

وَهَلْ تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةَ لِلْحُقُوقِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ^(١) (و)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، وَهِيَ

(١) قال الرافعي: «وهل تستأنف العدة للحقوق الثانية والثالثة، فيه خلاف».

قولان. [ت]

وقال أيضاً «وهل تستأنف العدة للحقوق الثانية والثالثة، فيه خلاف» الصورة، والخلاف فيهما يعودان في

العدة. [ت]

تَحِيضٌ، وَقُلْنَا: إِنَّ ذَلِكَ حَيْضٌ، فَيَقَعُ وَاحِدَةٌ فِي الطَّهْرِ الْأَوَّلِ وَهَلْ يَتَكَرَّرُ فِي الطَّهْرِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ؟ فِيهِ خِلَافٌ لِأَنَّ الْقُرْءَ مَا يَدُلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ، وَلَا دَلَالَةَ مَعَ الْحَمْلِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ آيسَةً، فَفِي وَقُوعِ وَاحِدٍ فِي الْحَالِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْقُرْءَ طَهْرٌ مُخْتَوِشٌ بِدَمَيْنِ، أَمْ لَا نَتَقَالُ مِنَ الطَّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ قُرْءٌ أَيْضًا؟

(الْخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلشَّئَةِ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّفْرِيقَ عَلَى الْأَقْرَاءِ، لَمْ يَقْبَلْ (و)؛ لِأَنَّهُ لَا سُنَّةَ عِنْدَنَا فِي التَّفْرِيقِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ: لِلشَّئَةِ، ثُمَّ فُسِّرَ بِالتَّفْرِيقِ، فَهَلْ يُدَيَّنُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ عِنْدَ دُخُولِ الدَّارِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَرَدْتُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ^(١) وَكَذَا كُلُّ مَا يُخَوِّجُ إِلَى زِيَادَةِ تَفْسِيرٍ، أَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى التَّخْصِصِ، فَيُدَيَّنُ، وَهَلْ يَقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ خِلَافٌ (و) كَمَا لَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقٌ، ثُمَّ اسْتَنْتَى وَاحِدَةً بَيْنَتِي، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَأَرَادَ الْبَعْضَ، أَمَّا إِذَا ظَهَرَتْ قَرِينَةٌ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يَقْبَلُ؛ كَمَا لَوْ عَنَى بَيْنَتِي عِنْدَ مُعَايِنَةِ الزَّوْجَةِ الْحَاضِرَةِ إِيَّاهُ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ^(٢)، ثُمَّ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَزَعَمَ أَنَّهُ مَا أَرَادَ الْحَاضِرَةَ، وَكَذَا إِنْ كَانَ يَحُلُّ وَثَاقًا عَنْهَا، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى ذَلِكَ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يَقْبَلُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتُ زَيْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ شَهْرًا يَقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ كَتَخْصِصٍ عُمُومٍ، وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يُدَيَّنُ فِي كُلِّ أَحْتِمَالٍ، وَإِنْ بَعْدَ، وَإِنَّمَا يَقْبَلُ فِي الظَّاهِرِ، إِذَا ظَهَرَ أَحْتِمَالُ اللَّفْظِ، أَوْ شَهِدَ لَهُ قَرِينَةٌ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي أَزْكَانِ الطَّلَاقِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ (الْأَوَّلُ: الْمُطْلَقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ، فَلَا يَنْفَعُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

(الرَّوْكُنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ)، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ: (الْأَوَّلُ) أَنَّ الصَّرِيحَ لَفْظُ الطَّلَاقِ، وَكَذَا لَفْظُ السَّرَاحِ (ح م و)^(٣)، وَالْفِرَاقِ (ح و)^(٤)، وَقَوْلُهُ: طَلَّقْتُ، وَأَنْتِ مُطْلَقَةٌ صَرِيحٌ، وَكَذَا كُلُّ مُسْتَقٍّ مِنَ الطَّلَاقِ دُونَ الْمُسْتَقِّ مِنَ الْإِطْلَاقِ (و م)؛ كَقَوْلِهِ: أَطْلَقْتُ، وَقَوْلُهُ: أَنْتِ الطَّلَاقُ، لَيْسَ بِصَرِيحٍ عَلَى الْأَصَحِّ (ح م) وَقَوْلُهُ: سَرَحْتُكَ، أَوْ فَارَقْتُكَ، صَرِيحٌ (ح م و) أَمَّا الْأَسْمُ [كَالْمُطْلَقَةِ]^(٥) وَالْمُسْرَحَةُ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَعْنَى الطَّلَاقِ بِالْفَارِسِيَّةِ صَرِيحٌ (ح)، عَلَى الْأَصَحِّ، وَهُوَ قَوْلُهُ (تَوْهَشْتَهُ أَيْ)، وَفِي قَوْلِهِ (دَشْتُ بَارِزًا اشْتَمْتُ) وَجْهَانِ، وَفِي قَوْلِهِ (كَسِيلُ كَرْدَمٍ وَازْتَوَجَدْتُ أَكْشَمْتُ) وَجْهَانِ مُرْتَبَانٍ وَأَوَّلَى بِالْأَلْفِ يَكُونُ صَرِيحًا، وَكُلُّ لَفْظٍ شَاعَ فِي الْعَرَفِ، كَقَوْلِهِ: حَلَّالٌ لِلَّهِ عَلَيَّ حَرَامٌ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالصَّرِيحِ فِيهِ وَجْهَانِ.

(١) قال الراعي: «وكذا لو قال: أردت إن شاء الله الظاهر عند الأئمة أنه لا يدين في قوله: أردت إن شاء

الله، بخلاف الصورة السابقة. [ت]

(٢) في ط: كما لو عني بنيته نكاح جديدة.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) في أ: كالمفارقة.

(أَمَّا الْكِتَابَةُ)، فَهِيَ كُلُّ لَفْظٍ مُحْتَمِلٍ؛ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ خَلِيلَةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَبَائِنَةٌ، وَبَثْلَةٌ، وَأَعْتَدِي، وَأَسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ، وَالْحَقِّي بِأَهْلِكَ، وَحَبِّلِكِ عَلَى غَارِبِكِ، وَلَا أَتَدُهُ سَرْكُ، وَأَغْرِبِي، وَأَذْهَبِي، وَأَخْرُجِي، وَمَا أَشْبَهَهُ، وَأَخْفَى مِنْهُ قَوْلُهُ: تَجَرَّعِي، أَيْ: كَأَسَ الْفِرَاقِ، وَذُوقِي، وَتَرَوِّدِي، أَمَّا قَوْلُهُ: أَشْرِبِي، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَقَوْلُهُ: كُلِّي، أَبْعَدُ مِنْهُ، وَتَرَدَّدُوا فِي قَوْلِهِ: أَغْنَاكَ اللَّهُ، أَمَّا الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ؛ كَقَوْلِهِ: أَفْعُدِي (و)، وَأَغْرِبِي، وَقَوْلِهِ: أَنْتِ حُرَّةٌ، وَمُتَعَفَّةٌ، كِتَابَةٌ (ح) فِي الطَّلَاقِ؛ كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ كِتَابَةٌ فِي الْعَتَاقِ [ح] ^(١)، أَمَّا لَفْظُ الظَّهَارِ وَالطَّلَاقِ كُلُّ وَاحِدٍ يَحْتَمِلُ الْآخَرَ، وَلَكِنْ لَا يَكُونُ كِتَابَةً فِيهِ؛ لِأَنَّ تَنْفِيدَهُ صَرِيحاً مُمَكِّنٌ فِي مَوْضُوعِهِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ الْمَدْحُولِ بِهَا: أَغْتَدِي، وَنَوَى الطَّلَاقَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُتَعَرِّضَةٍ لِلْعِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، فَإِنْ نَوَى الظَّهَارَ (م) أَوْ الطَّلَاقَ، كَانَ كَمَا نَوَى (و)، وَلَوْ نَوَى التَّحْرِيمَ، حُرْمَتِ، وَلَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ، وَلَوْ أَطْلَقَ، فَلَا ظَهَرَ أَنَّهُ يُوجِبُ (ح م) الْكَفَّارَةَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَلْغُو (ح م)، لِمَتَعَارُضِ الْأَحْتِمَالِ.

وَقِيلَ: هُوَ صَرِيحٌ فِي [التَّحْرِيمِ فِي] ^(٢) مِلْكِ الْيَمِينِ، وَيَلْغُو فِي النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ. وَالنِّيَّةُ فِي الْكِتَابَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعَ اللَّفْظِ لَا قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ، فَلَوْ أَقْتَرَنَ بِأَوَّلِ اللَّفْظِ دُونَ آخِرِهِ، نَفَذَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَقْتَرَنَ بِآخِرِهِ دُونَ أَوَّلِهِ، فَوَجْهَانِ، وَالْكِتَابَةُ لَا يَصِيرُ (ح) صَرِيحاً بِقِرِينَتِ الْعُصْبِ وَاللَّجَاجِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي فِي الْفِعْلِ).

أَمَّا الْإِشَارَةُ الْمُفْهَمَةُ مُتَعَبِّرَةٌ مِنَ الْأَخْرَسِ فِي الطَّلَاقِ، وَالصَّرِيحُ مِنْهَا يَشْتَرِكُ فِي فَهْمِهَا الْكَافَّةُ، وَالْكِتَابَةُ مِنْهَا مَا يَقْطُنُ لِذِكْرِ بَعْضِ النَّاسِ، وَأَمَّا الْقَادِرُ، فَإِشَارَتُهُ لَا يَكُونُ صَرِيحاً أَضْلاً، وَهَلْ يَكُونُ كِتَابَةً فِيهِ خِلَافٌ مُرْتَبِّ عَلَى كِتَابَةِ الطَّلَاقِ مِنَ الْقَادِرِ عَلَى التُّطْقِ، وَهِيَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ أَضْلاً، لَكِنَّهَا كِتَابَةٌ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَلَغَوُ؛ عَلَى قَوْلٍ ^(٣)، وَهُوَ مِنَ الْحَاضِرِ لَغَوُ، وَمِنَ الْغَائِبِ كِتَابَةٌ؛ عَلَى قَوْلٍ ثَالِثٍ لِلْعَادَةِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي الْعِنَقِ، وَالْإِبْرَاءِ، وَالْعَفْوِ، وَمَا لَا يَخْتَّاجُ إِلَى الْقَبُولِ، أَمَّا الْبَيْعُ وَالْمُعَاوَضَاتُ، فَالْخِلَافُ فِيهِ مُرْتَبِّ، وَأَوَّلِي بِالْأَيْ يُعْتَبَرُ، وَالنِّكَاحُ مُرْتَبِّ عَلَى الْبَيْعِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعَبُّدِ وَلِعُسْرِ أَطْلَاعِ الشَّاهِدِ عَلَى النِّيَّةِ؛ فَإِنَّهُ كِتَابَةٌ، ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا، فَيَكْتُبُ؛ أَمَّا بَعْدُ، فَقَدْ زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْكَ، وَيُشْهَدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ، وَإِذَا بَلَغَهُ، فَيَقُولُ فِي الْحَالِ: قَبِلْتُ، أَوْ يَكْتُبُ عَلَى الْقَوْرِ (و) وَيُشْهَدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيِ الْإِيجَابِ، فَإِنْ أَشْهَدَ آخَرِينَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَتَبَ: زَوَّجْتِي طَالِقٌ، وَقَرَأَ وَنَوَى، وَقَعَ، وَإِنْ قَرَأَ، وَقَالَ: قَصَدْتُ الْقِرَاءَةَ دُونَ الطَّلَاقِ، قَبِلَ فِي الظَّاهِرِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ يُدَيِّنُ، وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهَا: أَمَّا بَعْدُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى، وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَإِذَا قَالَ: إِذَا قَرَأْتَ

(١) سقط من ب.

(٢) في أ: الكفارة

(٣) قال الرافعي: «لكنها كتابة على قول، ولغو على قول» قيل: هما وجهان. [ت]

كِتَابِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طَلَّقْتُ، إِذَا قَرَأْتُ، أَوْ قُرِئَ عَلَيْهَا (و)، إِنْ كَانَتْ أُمِّيَّةً، وَإِنْ كَانَتْ قَارِئَةً، فَقَرَأَ عَلَيْهَا غَيْرَهَا، لَمْ تُطْلَقْ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِذَا بَلَغَكَ الْكِتَابُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَبَلَغَهَا، وَقَدْ أَنْمَحَى جَمِيعُ الْأَسْطُرِ، لَمْ يَقَعْ [و] (١)، وَإِنْ لَمْ يَنْمَحْ إِلَّا أَسْطُرُ الطَّلَاقِ، فَوَجَّهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَنْمَحْ إِلَّا الصَّدْرُ وَالتَّسْمِيَةُ دُونَ الْمَقَاصِدِ، فَوَجَّهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ أَنْمَحَى الْجَمِيعُ إِلَّا أَسْطُرَ الطَّلَاقِ، فَأَوَّلَى بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ سَقَطَ الْحَوَاشِي، دُونَ الْمَكْتُوبِ، وَقَعَ (و).

(الْفَضْلُ الثَّلَاثُ: فِي التَّفْوِيزِ)، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ، فَإِذَا قَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَقَعَ، وَهُوَ تَمْلِيكَ، أَوْ تَوْكِيلٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ تَمْلِيكَ، لَمْ يَجُزْ لَهَا تَأْخِيرَ التَّطْلِيقِ؛ لِأَنَّهُ كَالْقَبُولِ وَإِنْ قُلْنَا: تَوْكِيلٌ، فَمَيَّ جَوَازِ التَّأْخِيرِ وَجَّهَانِ، وَلَوْ رَجَعَ قَبْلَ تَطْلِيلِهَا، جَازَ (ح و)؛ عَلَى الْقَوْلَيْنِ. وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ؛ عَلَى قَوْلِ التَّمْلِيكِ.

فُرُوعُ:

أَحَدُهَا: لَوْ قَالَ: أَبِينِي نَفْسَكَ، فَقَالَتْ: أَبْنْتُ، وَتَوَيَا وَقَعَ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَقَعْ [ح] (٢).

وَلَوْ قَالَ طَلَّقِي نَفْسَكَ، فَقَالَتْ أَبْنْتُ وَتَوْتُ، وَقَعَ (ح) وَقِيلَ لَا يَقَعُ لِمُخَالَفَةِ الْكِنَايَةِ الصَّرِيحِ. وَقِيلَ: ذَلِكَ يَجْرِي فِي تَوْكِيلِ الْأَجَنِيِّ أَيْضًا.

وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، طَلَّقَتْ رَجْعِيَّةً (ح م)، وَإِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَالْقَوْلُ فِي بَيِّنَةِ الْكِتَابَةِ قَوْلُ (و) النَّوَوِيِّ.

(الثَّانِي): إِذَا قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ، وَتَوَى ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَلَمْ تَتَوَ الْعَدَدَ، لَمْ يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةً (ح).

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ، وَإِنْ نِيَّتَهُ تَغْنِي عَنْ نِيَّتِهَا فِي الْعَدَدِ، وَإِنْ لَمْ تَغْنِ فِي أَضَلِّ الطَّلَاقِ، وَهَذَا يَظْهَرُ إِذَا قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَلَا يَتَجَهُّ إِذَا لَمْ يَتَلَفَّظْ بِالثَّلَاثِ.

(الثَّلَاثُ): لَوْ قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، طَلَّقَتْ وَاحِدَةً (م)، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقِي وَاحِدَةً، وَطَلَّقْتُ ثَلَاثًا، وَقَعَتْ (ح) وَاحِدَةً.

(الرُّكْنُ [الثَّلَاثُ] (٣) لِلطَّلَاقِ: الْقَضَاءُ). وَإِنَّمَا يُتَوَهَّمُ اخْتِلَالُهُ بِخَمْسَةِ أَسْبَابٍ:

(الْأَوَّلُ): سَبَقُ اللِّسَانِ، فَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى الطَّلَاقِ، لَمْ يَقَعْ طَلَّاقُهُ، وَلَوْ كَانَ أَسْمُ زَوْجَتِهِ «طَالِقٌ» وَأَسْمُ عَبْدِهِ «حُرٌّ» فَقَالَ: يَا طَالِقُ، وَيَا حُرُّ، لَمْ يُعْتَقَ، وَلَمْ تُطْلَقْ، إِنْ قَصَدَ التَّدَاءُ، فَإِنْ

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ط: الثاني.

أَطْلَقَ، فَوَجَّهَانِ، لِيَتَرَدَّدَ بَيْنَ النَّدَاءِ وَالْإِنْشَاءِ، وَإِذَا كَانَ اسْمُ زَوْجَتِهِ «طَارِقَ»، فَقَالَ: يَا طَالِقُ، ثُمَّ قَالَ: أَلْتَفَتَ لِسَانِي، قُبِلَ ذَلِكَ ظَاهِرًا.

(الثَّانِي): الْهَزْلُ، وَلَا يُؤَثِّرُ ذَلِكَ فِي مَنَعِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَفِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ تَرَدُّدٌ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّ التَّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ مَعَ الْهَزْلِ.

(الثَّالِثُ: الْجَهْلُ)، فَإِذَا خَاطَبَ امْرَأَةً بِالطَّلَاقِ؛ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَةُ الْغَيْرِ، فَإِذَا هِيَ زَوْجَتُهُ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ، وَيَنْقَدِحُ أَلَّا يَقَعُ، وَالْأَعْجَبِيُّ إِذَا لَقِنَ لَفْظَ الطَّلَاقِ، وَهُوَ لَا يَفْهَمُهُ، لَمْ يَقَعُ، وَإِذَا بَاعَ مَالًا؛ عَلَى ظَنِّ [حَيَاةِ أَبِيهِ] ^(١) أَنَّهُ لَأَبِيهِ ^(٢)، فَإِذَا هُوَ مَيِّتٌ، فَبَيَّ صِحَّتِهِ خِلَافٌ.

(الرَّابِعُ) الْإِكْرَاهُ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ إِلَّا إِسْلَامَ الْحَرْبِيِّ وَالْمُرْتَدَّ، وَفِي إِسْلَامِ الدُّمِيِّ تَرَدُّدٌ [ح] ^(٣)، وَلَا يَقَعُ (ح) طَلَاقُ الْمُكْرَهِ إِلَّا إِذَا ظَهَرَتْ دَلَالَةٌ اخْتِيَارِهِ [ح] ^(٤)؛ بِأَنَّهُ خَالَفَ الْمُكْرَهَ بِأَنَّهُ أَكْرَهَهُ عَلَى طَلْقٍ وَاحِدَةٍ، فَطَلَّقَ ثَلَاثًا، أَوْ عَلَى طَلَاقِ زَوْجَةٍ، فَطَلَّقَ زَوْجَتَيْنِ، أَوْ عَلَى زَوْجَتَيْنِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَى ثَلَاثِ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَى إِحْدَى زَوْجَتَيْنِ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مَعِينَةً، أَوْ تَرَكَ التَّوْبَةَ مَعَ (و) الْعِلْمِ بِهَا، وَالْإِكْرَاهُ بِأَنَّهُ لَمْ يَدْهَشْ بِالْإِكْرَاهِ ^(٥)، أَوْ قَالَ الْمُكْرَهُ: قُلْ: طَلَّقْتُهَا، فَقَالَ: فَارْقُتْهَا، وَحَدُّ الْإِكْرَاهِ أَنْ يَصِيرَ مُضْطَرًّا إِلَى الْفِعْلِ، شَاءَ أُمُّ أَبِي، كَالَّذِي يَقْرَأُ مِنَ الْأَسَدِ فَيَتَخَطَّى النَّارَ وَالسُّوْكَ، وَذَلِكَ لَا يَخْصُلُ بِالتَّخْوِيفِ بِالْحَسَنِ وَالْجُوعِ وَأَمْنَالِهِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا يُشْتَرِطُ سُقُوطُ الْخَيْرَةِ وَالرَّوْبَةِ، بَلِ التَّخْوِيفُ بِالْحَسَنِ وَالْجُوعِ وَالضَّرْبِ وَمَا يَقْتَضِي الْعَقْلُ وَالْحَزْمُ إِبْجَابَةَ الْمُكْرَهِ، حَدَرًا مِنْهُ، فَهُوَ إِكْرَاهٌ يَذْفَعُ الطَّلَاقَ؛ وَكَذَلِكَ تَخْوِيفُ ذَوِي الْمَرْوَةِ بِالضَّغْفِ فِي الْمَلَأِ وَالتَّخْوِيفُ بِقَتْلِ الْوَلَدِ، نَعَمْ التَّخْوِيفُ بِإِثْلَافِ الْمَالِ لَا يُعَدُّ إِكْرَاهًا فِي الْقَتْلِ وَالطَّلَاقِ وَيُعَدُّ (و) إِكْرَاهًا فِي إِثْلَافِ الْمَالِ، وَالطَّرِيقَةُ الْأُولَى أَصَمُّ لِلنَّشْرِ، وَهَذِهِ أَوْسَعُ.

(الْخَامِسُ): زَوَالُ الْعَقْلِ بِالْجُنُونِ، وَشُرْبُ الدَّوَاءِ (و) الْمُجَنَّنِ يَمْنَعُ نُفُوزَ التَّصَرُّفَاتِ، وَأَمَّا السَّكَرَانُ، فَيَقَعُ (م ز) طَلَاقُهُ فِي ظَاهِرِ التَّصَرُّفَاتِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ؛ حَتَّى فِي أَفْعَالِهِ.

وَقِيلَ: يَنْفَعُ أَفْعَالُهُ، وَالْقَوْلَانِ فِي التَّصَرُّفَاتِ.

وَقِيلَ: يَنْفَعُ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ وَحَدُّ السَّكَرَانِ أَنْ يُشَبَّهَ الْمَجْنُونُ فِي الْاِخْتِلَاطِ، فَإِنْ سَقَطَ

(١) قال الرافي: «وإذا باع مال أبيه على ظن أنه حي إلى آخره» الخلاف قولان. [ت]

(٢) وقال أيضا: «وإذا باع مالا عن ظن أنه لأبيه» المسألة مذكورة في البيع. [ت]

(٣) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٤) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٥) قال الرافي: «أو ترك التوبة مع العلم بها، والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه» هذا وجه، والأصح أنه لا

يقع الطلاق بترك التوبة، وإن لم يدهش بالإكراه. [ت]

كَالْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ، فَهُوَ كَالنَّائِمِ، فَلَا يَنْفُذُ (ز) مَا تَلَفَّظَ بِهِ^(١).

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْمَحَلُّ) وَهِيَ الْمَرْأَةُ فَلَوْ أَصَافَ الطَّلَاقَ إِلَى نِصْفِهَا، نَفَذَ، وَلَوْ أَصَافَ إِلَى غُضْوٍ مُعَيَّنٍ (ح)؛ كَالْيَدِ، وَالرَّأْسِ، وَالْكَبِدِ، وَالطَّحَالِ، نَفَذَ، وَإِنْ أَصَافَ إِلَى فَضَلَاتٍ بَدَنِيَّهَا؛ كَالرِّيْقِ وَاللَّبَنِ وَالْمَنِيِّ، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَكَذَلِكَ إِلَى الْجَنِينِ، وَالْدَّمِ وَالشَّحْمِ كَالْفَصْلَاتِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَصَافَ إِلَى لَوْنِهَا وَحُسْنِهَا وَصِفَاتِهَا، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَالرُّوْحَ وَالْحَيَاةَ كَالْأَجْزَاءِ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَيَمِينُكَ طَالِقٌ، فَقَطَعْتُ، ثُمَّ دَخَلْتُ الدَّارَ، طَلَقْتُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعَةِ الْيَمِينِ يَمِينُكَ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، كَمَا لَوْ قَالَ: ذَكَرْتُكَ أَوْ لِيَحْيَاكَ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِغَدَمِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ، وَتَوَى، وَقَعَ (ح)، وَلَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ إِصَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَيْهَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، بَلْ يَكْفِي نِيَّةُ أَضْلِ الطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْتَبْرِءُ رَحِمِي مِنْكَ، فَلَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَقَوْلُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ: أَنَا مِنْكَ حُرٌّ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ، عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ:) الْوِلَايَةُ عَلَى الْمَحَلِّ، فَإِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ، وَلَمْ يَنْقُصِ الْعَدَدُ، وَلَوْ قَالَ لِلرَّجُعِيَّةِ، وَقَعَ، وَلَوْ قَالَ لِلْمُخْتَلِعَةِ، لَمْ يَقَعْ (ح)، وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ نَكَحْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ (ح)، إِذَا نَكَحَهَا، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِرَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، ثُمَّ عَتَقَ، فَدَخَلْتُ الدَّارَ، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكِ الثَّلَاثَةَ عِنْدَ التَّغْلِيْقِ، لَكِنْ مَلَكَ النِّكَاحَ الْمُبِيحَ لَهُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ: إِذَا وَلَدْتَ، فَوَلَدُكَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْأَصْلَ، وَلَوْ قَالَ لِرَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ أَبَانَهَا، فَدَخَلْتُ، ثُمَّ نَكَحَهَا، فَدَخَلْتُ، لَمْ يَقَعْ (م) وَ(و)^(٢) الطَّلَاقُ؛ لِانْحِلَالِ الْيَمِينِ بِالْذُّخُولِ الْأَوَّلِ، وَلَوْ لَمْ تَدْخُلْ؛ حَتَّى نَكَحَهَا، فَفِي وَقْعِ الطَّلَاقِ قَوْلًا عَوْدَ الْجَنْتِ، وَلَوْ أَسْتَوَفَى الثَّلَاثَ بِالتَّنْجِيزِ، لَمْ يَعُدِ الْجَنْتُ (و) فِي نِكَاحٍ بَعْدَهُ، وَمَنْ طَلَّقَ طَلَقَةً، أَوْ طَلَقَتَيْنِ، قَبَانَتْ، وَوَطَنَهَا زَوْجٌ آخَرُ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ، عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الطَّلَاقِ (ح م) وَلَمْ يَنْهَدِمِ (ح) الطَّلَاقُ الْمَاضِي، وَإِنَّمَا يَنْهَدِمُ إِذَا نَكَحَتْ بَعْدَ الثَّلَاثِ زَوْجًا آخَرَ، وَالْحُرُّ يَمْلِكُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ (ح) وَ(و)^(٣)، وَالْعَبْدُ يَمْلِكُ ثِنْتَيْنِ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ (ح) وَ(و)^(٤)، فَلَوْ طَلَّقَ الذَّمِّيُّ طَلَقَتَيْنِ، ثُمَّ التَّحَقَّقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَأَسْتَرْقَ كَانَ [ح] وَ[و]^(٥) لَهُ نِكَاحُ الْمُطَلَّعَةِ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ طَرَأَ الرَّقُّ، لَمْ يَمْلِكِ إِلَّا طَلَقَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ طَلَّقَ فِي الرَّقِّ طَلَقَتَيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ، لَمْ يَحِلَّ (و) لَهُ نِكَاحُهَا، وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَتَقَ، مَلَكَ طَلَقَتَيْنِ، وَالْقَوْلُ الصَّحِيحُ الْجَدِيدُ أَنَّ طَلَاقَ الْمَرِيضِ قَاطِعٌ (ح)

(١) قال الرافعي: «فإن سقط كالْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ فهو كالنَّائِمِ فلا ينفذ ما تلفظ به» الأوفى لإطلاق الأكثرين أنه على

الخلاف السابق. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من أ.

(١) «لِلْمِيرَاثِ؛ كَطَّلَاقِ الصَّخِيحِ، فَلَا مَعْنَى لِتَطْوِيلِ التَّفْرِيعِ؛ عَلَى الْقَوْلِ الضَّعِيفِ.

(الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي تَعْدِيدِ الطَّلَاقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ)

(الْأَوَّلُ فِي بَيِّنَةِ الْعَدَدِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ طَلَقْتُكَ، وَنَوَى، عَدَدًا، نَفَذَ (ح) مَا نَوَاهُ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وَنَوَى الثَّلَاثَ، لَمْ يَقَعْ الْعَدَدُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْأَوْجُهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ وَاحِدَةً، وَنَوَى تَوَحُّدَهَا بِالْبَيِّنُونَةِ الْكُبْرَى، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَلَكِنْ وَقَعَ قَوْلُهُ: ثَلَاثًا، بَعْدَ مَوْنَتِهَا، وَقَعَ الثَّلَاثُ (ح)، فِي وَجْهِ، لِأَنَّ الثَّلَاثَ كَالْتَفْسِيرِ، وَوَقَعَتْ (ح) وَاحِدَةً فِي وَجْهِ (و)، وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ فِي وَجْهِ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّكْرَارِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى التَّأْكِيدَ، لَمْ يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةً، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ، وَقَعَ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَيُحْمَلُ عَلَى التَّأْكِيدِ أَوْ التَّكْرِيرِ. فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ، وَبِالثَّانِيَةِ الْإِيقَاعَ، وَقَعَتْ نِثْنَانِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الْأُولَى، لَمْ يَجُزْ (و)، لِتَحْلُلِ الْفَاصِلِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَقَصَدَ بِالثَّانِي تَأْكِيدَ الْأُولَى، لَمْ يَجُزْ؛ لِتَحْلُلِ الْوَاوِ، وَلَوْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، فَطَالِقٌ، لَمْ يَصِحَّ التَّأْكِيدُ أَصْلًا؛ لِلتَّغَايُرِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، بَلْ طَالِقٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْفَةً فَطَلْفَةً، نَصَّ عَلَى وَفُوعِ اثْنَتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ، فِدِرْهَمٌ، لَمْ يَلْزِمُهُ إِلَّا دِرْهَمٌ وَاحِدٌ. لِأَنَّ التَّكْرَارَ يَلِيْقُ بِالْأَخْبَارِ، دُونَ الْإِنْشَاءِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالْقَلْبِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْفَةً، بَلْ طَلَقْتَيْنِ، وَقَعَ الثَّلَاثُ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ بَلْ دِرْهَمَانِ، لَمْ يَلْزَمْ إِلَّا دِرْهَمَانِ، وَكُلُّ ذَلِكَ فِي الْمَذْخُولِ بِهَا، فَأَمَّا غَيْرُ الْمَذْخُولِ بِهَا، فَتَبَيَّنَ بِالْأُولَى، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْفَةً مَعَ طَلْفَةٍ، أَوْ مَعَهَا طَلْفَةً، أَوْ تَحْتَ طَلْفَةٍ، أَوْ فَوْقَ طَلْفَةٍ، وَقَعَتْ نِثْنَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ؛ وَكَذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ [مَعًا] (٢)، وَقَعَتْ وَاحِدَةً (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، وَقَعَتْ اثْنَتَانِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْفَةً قَبْلَ طَلْفَةٍ، أَوْ قَبْلَهَا طَلْفَةً، وَقَعَتْ اثْنَتَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ (و)، وَقَبْلَ الدُّخُولِ تَقَعُ (ح) وَاحِدَةً؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَقَعُ شَيْءٌ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِاسْتِحَالَةِ طَّلَاقِ مَوْصُوفٍ بِالْقَبِيلَةِ.

(الْفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي الطَّلَاقِ بِالْحِسَابِ)، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ:

(الْأَوَّلُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً فِي اثْنَتَيْنِ، وَأَرَادَ الْحِسَابَ، كَانَ كَمَا نَوَى، وَإِنْ أَرَادَ الظَّرْفَ، قُبِلَ، وَلَمْ يَقَعْ مَا جَعَلَهُ ظَرْفًا، وَإِنْ أَرَادَ الْجَمْعَ، وَقَعَ، وَكَانَ فِي مَعْنَى «مَعَ»، وَإِنْ أَطْلَقَ،

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَفْهَمُ الْحِسَابَ، حُمِلَ عَلَى الظَّرْفِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَفْهَمُ الْحِسَابَ، وَلَكِنْ لَمْ يَفْصِدْهُ
الْآنَ، فَيَحْمَلُ عَلَى الظَّرْفِ أَوْ الْحِسَابِ، فِيهِ قَوْلَانِ، وَالْجَاهِلُ بِالْحِسَابِ، إِذَا قَالَ: أَرَدْتُ مَا يُرِيدُهُ
الْحِسَابُ، لَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُ مِثْلَ مَا طَلَّقَ زَيْدٌ، وَهُوَ لَا يَذَرِي
عَدَدَهُ، لَمْ تُؤْثَرْ نِيَّتُهُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِتَعَدُّرِ إِرَادَةِ مَا لَمْ يَعْلَمْ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي: فِي التَّجْزِئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَةٍ، أَوْ رُبْعَ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ طَلْقَةٌ
وَاحِدَةٌ، وَكَمُلَ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ طَلْقَةٍ، أَوْ أَرْبَعَةُ أَثْلَافٍ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ؛ عَلَى وَجْهِ،
وَتَقَعُ ثِنْتَانِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِزِيَادَةِ الْأَجْزَاءِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ، أَوْ نِصْفِي طَلْقَةٍ،
وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَقِيلَ: يَقَعُ ثِنْتَانِ، وَلَوْ قَالَ: ثُلْثٌ وَرُبْعٌ وَسُدُسٌ طَلْقَةٍ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: ثُلْثَ طَلْقَةٍ
وَرُبْعَ طَلْقَةٍ وَسُدُسَ طَلْقَةٍ، فَهِيَ أَيْضاً طَلْقَةٌ.

وَقِيلَ: هِيَ ثَلَاثٌ^(١) طَلْقَاتٍ.

(الْقِسْمُ الثَّلَاثُ فِي الْأَشْتِرَاكِ): فَإِذَا قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: أَوْفَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، طُلِقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ
طَلْقَةً؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا، فَإِنْ أَوْفَعَ خَمْسَ طَلْقَاتٍ، طُلِقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ طَلْقَتَيْنِ،
فَإِنْ أَوْفَعَ تِسْعَ طَلْقَاتٍ، طُلِقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثًا، وَإِنْ قَالَ: أَوْفَعْتُ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً فَطَلْقَةٌ لِلْأَشْتِرَاكِ، فَإِنْ
خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ، فَنِيَّتُهُ لَا تُقْبَلُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْفَعْتُ بَيْنَكُنَّ أَرْبَعَ طَلْقَاتٍ، ثُمَّ
خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ؛ حَتَّى يَتَعَطَّلَ الرَّابِعَةُ، لَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَى وَجْهِ، وَإِنْ قِيلَ التَّخْصِصُ فِي الثَّلَاثِ، وَلَوْ
قَالَ لِثَلَاثٍ: أَوْفَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، وَقَالَ لِلرَّابِعَةِ: أَشْرَكْتُكِ مَعَهُنَّ، وَنَوَى الطَّلَاقَ، وَقَعَتْ عَلَى
الرَّابِعَةِ وَاحِدَةٌ.

وَقِيلَ: تَقَعُ ثِنْتَانِ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ تَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ عَلَى نِصْفِ الثَّلَاثِ، وَهِيَ طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ.

(الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي الْأَسْتِثْنَاءِ)

فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعُ ثِنْتَانِ، وَشَرَطُ الْأَسْتِثْنَاءِ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا، وَالظَّاهِرُ:
أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ مُقْتَرِنًا بِاللَّفْظِ، فَلَوْ بَدَأَ لَهُ عَقِيبُ اللَّفْظِ الْأَسْتِثْنَاءَ، لَمْ يَجْزِ، وَشَرَطُهُ أَلَّا
يَكُونَ مُسْتَعْرِقًا، وَفِيهِ فَضْلَانِ:

(الْأَوَّلُ: فِي الْمُسْتَعْرِقِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الْأَوَّلَى): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا، وَقَعُ الثَّلَاثُ؛ لِإِبْطَالِ الْأَسْتِثْنَاءِ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا
إِلَّا ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً، فَفِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ يُجْمَعُ مَا فَارَقَهُ وَيُجْعَلُ مُسْتَعْرِقًا، وَفِي الثَّانِي يُخَصَّصُ الْإِبْطَالُ

(١) قال الرافعي: «ولو قال: ثلث طلاقة وربع طلاقة وسدس طلاقة فهي أيضاً طلاقة، وقيل هي ثلاث» النظم
يرجح الأول، والأصح الثاني. [ت]

بِالْوَاحِدَةِ، إِذْ بِهَا يَقَعُ الْأَسْتِغْرَاقُ؛ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ يُبْتَنَى (و) قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً، فَإِنَّهُ إِنْ جُمِعَ الْمُسْتَنْتَى عَنْهُ، لَمْ يَكُنْ مُسْتِغْرَقًا؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

(الثَّانِيَةُ): الْأَسْتِثْنَاءُ مِنَ النَّفْيِ اثْبَاتٌ، وَمِنْ الْإِثْبَاتِ نَفْيٌ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعَ ثِنْتَانِ؛ مَعْنَاهُ: إِلَّا ثِنْتَيْنِ لَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً، مِنَ الثَّنَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ؛ [وَقِيلَ تَقَعُ وَاحِدَةً^(١) لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنِ الْأَسْتِغْرَاقِ؛ بِقَوْلِهِ إِلَّا وَاحِدَةً. وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ خَمْسًا إِلَّا ثَلَاثًا، وَقَعَ ثِنْتَانِ.

وَقِيلَ: الزِّيَادَةُ تُلْغَوُ؛ فَيَبْقَى الْأَسْتِثْنَاءُ مُسْتِغْرَقًا؛ وَعَلَى هَذَا، لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَرْبَعًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً (و)، وَعَلَى الْأَوَّلِ، تَقَعُ اثْنَتَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا نِصْفَ طَلَقَةٍ، وَقَعَ الثَّلَاثُ؛ لِأَنَّهُ أَبْقَى النِّصْفَ، فَيَكْمُلُ، وَقِيلَ: أَسْتِثْنَاءُ النِّصْفِ كَأَسْتِثْنَاءِ الْوَاحِدِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْلِيْقِ بِالْمَشِيئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَمْ يَقَعْ (م)^(٢)؛ لِأَنَّهُ لَا يَذَرِي؛ أَنَّهُ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى أَمْ لَا؟ وَكَذَلِكَ فِي الْعِنَقِ (م)، وَنَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَا يَكُونُ مَظَاهِرًا، وَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ هَذَا الْقَوْلِ فِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، يَقَعُ فِي الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ لَا يَخْتَمِلُ الْأَسْتِثْنَاءَ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً يَقُولُ: «يَا طَالِقُ»، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، يَا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَيَكُونُ قَوْلُهُ: «يَا طَالِقُ» وَضْفًا بِالثَّلَاثِ، فَيَرْجِعُ الْأَسْتِثْنَاءُ إِلَى الثَّلَاثِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقُ، إِنْ لَمْ يَشَأْ اللَّهُ، أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَأَ اللَّهُ، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لِلْجَهْلِ بِالْمَشِيئَةِ؛ وَلِأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ الْوُقُوعُ عَلَى خِلَافِ الْمَشِيئَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ وَصَفُهُ بِمُحَالٍ، فَيَلْغُو وَيَقَعُ (ج)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقُ، إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ زَيْدٌ الدَّارَ، لَمْ يَقَعْ إِلَّا إِذَا مَاتَ زَيْدٌ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَيَبْتَنَى وَقُوعُهُ أَوَّلًا، فَلَوْ شَكَّ فِي دُخُولِهِ، فَقِيلَ: إِنَّهُ يَقَعُ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِثْنَاءَ صَارَ مَشْكُوكًا فِيهِ.

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الدُّخُولِ مُعَلَّقٌ عَلَيْهِ، وَصَارَ مَشْكُوكًا فِيهِ.

(البَابُ الْخَامِسُ: فِي الشَّكِّ فِي الطَّلَاقِ)

فَإِذَا شَكَّ، هَلْ طَلَّقَ أَمْ لَا؟ فَالْأَصْلُ عَدَمُ الطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَابًا، فَأَمْرَأَتِي طَالِقٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا، فَأَمْرَأَتِي طَالِقٌ، وَأَشْكَلُ، لَمْ تَخْرُجْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَوْجَتُهُ،

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافي: «ولو قال: أنت طالق ثلاثا يا طالق إن شاء الله لم يقع شيء» هذا وجه، والأشبه بالترجيح وقوع طلقه لقوله: يا طالق. [ت] هكذا بالأصول المعتمد عليها من التذنيب.

وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ إِنْ كَانَ غُرَابًا، فَزَيْنَبُ طَالِقٌ، وَإِلَّا فَعَمْرَةُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْهُمَا، وَلَوْ جَرَى مِنْ شَخْصَيْنِ فِي عَبْدَيْنِ، تَصَرَّفَا فِيهِمَا، فَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْعَبْدَ الْآخَرَ، صَارَ مَخْجُورًا فِيهِمَا.

وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ لِلْحَجَرِ الْمُشْتَرَى، وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا، وَنَسِيَ، فَعَلَيْهِ التَّوَقُّفُ إِلَى التَّذَكُّرِ، وَلَوْ قَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَخَاطَبَ زَوْجَتَهُ وَأَجْنَبِيَّةً، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الْأَجْنَبِيَّةَ، قَبْلَ؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَاطَبَ بِهِ زَوْجَتَهُ، لَزِمَهُ (م) التَّعْيِينُ عَلَى الْقَوْرِ، وَعَصَى، بِالتَّأْخِيرِ، وَعَلَيْهِ نَقْفَتُهُمَا إِلَى الْبَيَانِ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ أَوْ بِالتَّعْيِينِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَعَلَيْهِمَا يَنْبَغِي وَقْتُ اخْتِسَابِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا، وَقُلْنَا: يَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ، كَانَ تَعْيِينًا، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّعْيِينِ، لَمْ يُؤْثِرِ الْوَطْءُ، وَلَوْ مَاتَتَا (وَح) لَمْ تَسْقُطِ الْمُطَالَبَةُ بِالتَّعْيِينِ لِأَجْلِ الْمِيرَاثِ، وَلَكِنْ إِنْ قُلْنَا: يَقَعُ بِالتَّعْيِينِ، فَيَتَبَيَّنُ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَوْتِ؛ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، أَوْ عِنْدَ الْإِبْهَامِ لِلضَّرُورَةِ، فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ هَذِهِ، بَلْ هَذِهِ، كَانَ إِفْرَاقًا بِهِمَا، وَلَوْ قَالَ: عَيَّنْتُ هَذِهِ وَهَذِهِ، تَعَيَّنَتِ الْأُولَى، وَلَوْ قَالَتْ فِي مَسْأَلَةِ الْغُرَابِ: كَانَ غُرَابًا، وَأَنَا طَالِقٌ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْبَثِّ؛ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا أَوْ يَنْكُلْ، وَلَا يَكْفِيهِ الْيَمِينُ، لَا عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَلَا عَلَى النُّسْبَانِ، وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ، وَمَاتَتَا، فَهَلْ لِلْوَارِثِ التَّعْيِينُ؟ لِأَجْلِ الْمِيرَاثِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّالِثِ؛ لَهُ أَنْ يَقُولَ «أَرَادَ الزَّوْجُ هَذِهِ»، وَلَيْسَ لَهُ إِنْشَاءُ التَّعْيِينِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَابًا، فَعَبْدِي حُرٌّ، وَإِلَّا فَزَوْجَتِي طَالِقٌ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، فَفِي وَجْهِ؛ يُعَيَّنُ الْوَارِثُ، وَفِي وَجْهِ؛ تُفْرَغُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ تَعْمَلُ فِي الْعِتْقِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى الْعَبْدِ، عَتَقَ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الْمَرْأَةِ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ إِذْ لَا أَثَرَ لِلْقُرْعَةِ فِي الطَّلَاقِ، وَهَلْ يَرِيقُ الْعَبْدُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الشَّطْرُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ: فِي التَّعْلِيقَاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ وَفُرُوعٌ:)

(الفصلُ الأوَّلُ: فِي التَّعْلِيقِ بِالْأَوْقَاتِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ، طُلِّقْتَ عِنْدَ اسْتِهْلَالِ الْهَلَالِ (ح)، وَلَوْ قَالَ: فِي يَوْمِ السَّبْتِ، فَعِنْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ، وَلَوْ قَالَ: آخِرَ شَهْرِ رَمَضَانَ، فَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْهُ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ أَوَّلُ النِّصْفِ الْآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: أَوَّلَ آخِرِ الشَّهْرِ، فَهُوَ أَوَّلُ الْيَوْمِ الْآخِرِ.

وَقِيلَ: أَوَّلُ النِّصْفِ الْآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: آخِرَ الْأَوَّلِ، فَهُوَ آخِرُ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ.

وَقِيلَ: آخِرَ اللَّيْلَةِ الْأُولَى.

وَقِيلَ: آخِرَ النِّصْفِ الْأَوَّلِ.

وَلَوْ قَالَ: فِي سَلَخِ الشَّهْرِ، فَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنَ الشَّهْرِ.

وَقِيلَ: أَوَّلُ الْيَوْمِ الْآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: بِاللَّيْلِ: إِذَا مَضَى يَوْمٌ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَتَطْلُقُ آخِرَ الْغَدِ، وَلَوْ قَالَ: بِالنَّهَارِ، فَإِذَا عَادَ إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ السَّنَةُ، فَعِنْدَ أَوَّلِ هِلَالِ الْمُحَرَّمِ، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ، فَإِلَى مُضَيِّ اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا، وَالشَّهْرُ الْأَوَّلُ الْمِنْكَسِرُ يُكْمَلُ ثَلَاثِينَ يَوْمًا مِنَ الْآخِرِ، وَيُحْتَسَبُ (ح) أَحَدُ عَشَرَ شَهْرًا بِالْأَهْلَةِ بَعْدَهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِالْأَمْسِ، لَمْ يُسْتَنْدَ إِلَى الْأَمْسِ، وَيَقَعُ فِي الْحَالِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ الْآنَ طَلَاقًا يَنْعَكِسُ حُكْمُهُ إِلَى الْمَاضِي، نَفَذَ فِي الْحَالِ، وَلَمْ يَنْعَكِسْ.

وَقِيلَ: يَلْغُو؛ لِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ طِرْتُ أَوْ صَعِدْتُ إِلَى السَّمَاءِ، أَوْ أَخِيضُ مَيْتًا.

وَقِيلَ فِي التَّعْلِيقِ بِالضُّعُودِ وَالْإِخْيَاءِ: إِنَّهُ أَيْضًا يَقَعُ (و).

وَقِيلَ فِي الْإِخْيَاءِ: «يَقَعُ» دُونَ الضُّعُودِ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِ فُلَانٍ بِشَهْرٍ، أَوْ قَبْلَ قُدُومِهِ، ثُمَّ مَاتَ، أَوْ قَدِمَ بَعْدَ أَكْثَرِ مِنْ شَهْرٍ، تَبَيَّنَ (و) وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسٍ غَدًا، أَوْ غَدًا أَمْسٍ، وَقَعَ الْيَوْمَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي الشَّهْرِ الْمَاضِي، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ طَلْقَ رَجْعِيَّةٍ، أَوْ قَعْنَهَا بِالْأَمْسِ، قَبْلَ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ زَوْجًا آخَرَ طَلَّقَهَا، أَوْ طَلَّقْنَهَا، وَأَبْنَتْهَا، ثُمَّ جَدَّدْتُ النِّكَاحَ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فِي كُلِّ سَنَةٍ طَلْقَةً، طُلِّقْتَ طَلْقَةً وَاحِدَةً فِي الْحَالِ، وَالثَّانِيَةِ أَوَّلَ الْمُحَرَّمِ، إِنْ أَرَادَ السَّنِينَ الْعَرَبِيَّةَ، وَإِلَّا فَإِلَى أَنْ تَنْقَضِيَ سَنَةٌ كَامِلَةٌ.

وَلَوْ قَالَ: فِي كُلِّ يَوْمٍ طَلْقَةً، طُلِّقْتَ فِي الْحَالِ طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَالثَّانِيَةَ صَبِيحَةَ الْغَدِ، فَإِنْ قَالَ:

أَرَدْتُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ كُلِّ طَلْقَتَيْنِ يَوْمٌ، فَيَدِينُ، وَهَلْ يُقْبَلُ طَاهِرًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفصل الثاني: في التعليل بالتطليق ونفيه)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتُكَ، أَوْ «إِذَا»، أَوْ «مَهْمَا»، أَوْ مَتَى مَا طَلَّقْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا طَلَّقَهَا طُلُقَتْ طَلْقَتَيْنِ، بَعْدَ الدُّخُولِ، وَطَلْقَةٌ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ يُصَادِفُ حَالَ الْبَيِّنَةِ وَكَذَلِكَ إِذَا خَالَعَهَا وَلَيْسَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْجَزَاءَ يَتَأَخَّرُ عَنِ الشَّرْطِ، وَلَكِنْ ذَلِكَ لِلْمُضَادَّةِ، وَإِنْ عُلِقَ طَلَقُهَا عَلَى صِفَةٍ، وَوُجِدَتْ، فَهُوَ تَطْلِيْقٌ، وَمُجَرَّدُ الصِّفَةِ لَيْسَ إِيقَاعًا، وَهُوَ وَقُوعٌ، وَمُجَرَّدُ التَّعْلِيلِ لَيْسَ بِإِيقَاعٍ وَلَا وَقُوعٍ، وَلَوْ قَالَ، وَلَهُ أَرْبَعُ نِسَوَةٍ إِذَا طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، فَعَبْدٌ مِنْ عِبِيدِي حُرٌّ، وَإِنْ طَلَّقْتُ اثْنَتَيْنِ، فَعَبْدَانِ، وَإِنْ طَلَّقْتُ ثَلَاثًا، فَثَلَاثَةُ أَعْبِدٍ، وَإِنْ طَلَّقْتُ أَرْبَعًا، فَأَرْبَعَةُ أَعْبِدٍ، ثُمَّ طَلَّقَ الْأَرْبَعَ، عَتَقَ عَشْرَةَ أَعْبِدٍ؛ لِأَنَّهُ حِنْثٌ فِي الْإِيمَانِ الْأَرْبَعَةَ، وَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا بَدَلَ إِنْ عَتَقَ خَمْسَةَ عَشَرَ عَبْدًا؛ لِأَنَّ فِي الْأَرْبَعَةِ أَرْبَعَةَ أَحَادٍ، وَاثْنَيْنِ مَرَّتَيْنِ، وَثَلَاثَةَ مَرَّةً، وَأَرْبَعَةَ مَرَّةً.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنَّمَا يَبَيِّنُ عَدَمَ الطَّلَاقِ لِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَبَيِّنُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ قُبَيْلَ الْمَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا لَمْ أَطْلُقْكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طُلُقْتَ، إِنْ لَمْ يُطْلَقْهَا، عَلَى الْفَوْرِ.

وَقِيلَ فِي لُزُومِ الْفَوْرِ قَوْلَانِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَحَيْثُ لَا يُغْتَبَرُ الْفَوْرُ يَحْصُلُ الْيَأْسُ بِجُنُونٍ مُتَّصِلٍ بِالْمَوْتِ، وَلَكِنْ تَوَهُّمُ الْإِفَاقَةَ يَمْنَعُ الطَّلَاقَ، فَإِذَا مَاتَ مَجْنُونًا، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قُبَيْلَ الْجُنُونِ، وَلَوْ أَنْفَسَخَ النِّكَاحَ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ تَجْدِيدِ نِكَاحٍ وَطَّلَاقٍ، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْإِنْفِسَاحِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، فَيُؤَدِّي تَقْدِمُهُ عَلَى الْإِنْفِسَاحِ إِلَى الدَّوْرِ، وَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الْفَسْخِ، وَطَلَّقَهَا، فَقَدْ حَصَلَ الْبُرْءُ، وَإِنْ لَمْ يُطْلَقْهَا، وَجَوَزْنَا عَوْدَ الْحِنْثِ، طُلُقْتَ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي قَبْلَ الْمَوْتِ، وَإِنْ لَمْ تَرَوْا عَوْدَ الْحِنْثِ، وَجَبَ إِسْتَادُ الطَّلَاقِ إِلَى مَا قَبْلَ الْفَسْخِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ، أَوْ إِنْ طَلَّقْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهَذَا لِلتَّعْلِيلِ؛ فَيَقَعُ فِي الْحَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَعْرِفِ اللَّعْنَةَ، فَهُوَ تَعْلِيلٌ.

(الفصل الثالث: في التعليل بالحمل والولادة)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأولى): إِذَا قَالَ: إِنْ كُنْتُ حَامِلًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ فِي الْحَالِ؛ لِلشَّكِّ، لَكِنْ إِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَلَا، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا، فَقَوْلَانِ.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحْزُمُ فِي الْحَالِ؛ كَمَسْأَلَةِ الْغُرَابِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَحْزُمُ إِلَى أَنْ يَسْتَبْرَأَ بِقُرْءٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَبِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَبِالْأَشْهُرِ؛ فِي حَقِّ الصَّبِيَّةِ الْمُرَاهِقَةِ (و).

وَفِي حَقِّ الْإِيسَةِ، هَلْ يُكْتَفَى بِالْإِيَّاسِ دَلَالَةً فِيهِ خِلَافٌ.

(الثانية): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتُ حَائِلًا، فَحُكْمُهُ مَا سَبَقَ، وَلَكِنْ عَلَى الْعَكْسِ؛ فَحَيْثُ يَقَعُ فِي

الْحَمْلُ، لَا يَقَعُ هَهُنَا، وَالتَّخْرِيمُ أَوَّلَى فِي الْحَيْالِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْحَيَالُ، وَلَوْ أَنْقَضْتَ الْأَفْرَاءَ، وَقَعَ الطَّلَاقُ، لِظُهُورِ الْحَيْالِ، وَيَخْتِمِلُ (و) أَلَّا يَقَعَ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْيَقِينَ، وَالصِّفَةُ لَا بُدَّ مِنْ أَسْتِيفَائِهَا.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتُ حَامِلًا بِذَكَرٍ، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةً، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا بِأُنْثَى، فَطَلَقْتَيْنِ، فَوَلَدْتَ ذَكَرًا وَأُنْثَى، وَقَعَتْ ثَلَاثًا، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكَ كَذَا وَكَذَا، لَمْ تُطْلَقِي لِأَنَّهُ يَخْصُصُ الْجِنْسَ، وَإِنْ أَنْتِ بِذَكَرَيْنِ، قِيلَ: طُلُقْتَ وَاحِدَةً.

وَقِيلَ: لَا؛ لِأَنَّ التَّنْكِيرَ لِلتَّوْحِيدِ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتَ وَلَدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَوَلَدْتَ وَلَدَيْنِ، طُلُقْتَ بِالْأَوَّلِ، وَأَنْقَضْتَ (م) عِدَّتَهَا بِالثَّانِي، فَلَوْ قَالَ: «كُلَّمَا وَلَدْتَ وَلَدًا، لَمْ تُطْلَقِي بِالثَّانِي فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، لِأَنَّهُ طَلَاقٌ قَارَنُ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتَ وَلَدًا، فَطَلَقَةً^(١)، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا، فَطَلَقْتَيْنِ، فَوَلَدْتَ غُلَامًا، طُلُقْتَ ثَلَاثًا؛ لِلْحِنْثِ فِي الْيَمِينِ، وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ حَوَامِلَ: كُلَّمَا وَلَدْتَ وَاحِدَةً، فَصَوَّاجِبَاتُهَا طَوَالِقٌ، فَوَلَدَنَ عَلَى تَعَاقُبٍ وَتَقَارُبٍ، طُلُقْتَ الْأَوَّلَى وَالرَّابِعَةَ ثَلَاثًا، وَطُلُقْتَ الثَّانِيَةَ وَاحِدَةً، وَطُلُقْتَ الثَّالِثَةَ طَلَقَتَيْنِ، فَيُلْتَفَتُ إِلَى عَدَدِ صَاحِبَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ، وَإِلَى أَنْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِوِلَادَتِهَا.

(الْفَصْلُ الرَّابِعُ فِي التَّغْلِيْقِ بِالْحَيْضِ)، فَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْ حَيْضَةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طُلُقْتَ بِتَمَامِ الْحَيْضَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْ، طُلُقْتَ إِذَا مَضَى يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ مِنْ أَوَّلِ الْحَيْضِ، لَكِنْ بِطَرِيقِ التَّبْيِينِ.

وَقِيلَ: تُطْلَقُ بِأَوَّلِ الْحَيْضِ؛ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ.

وَلَوْ قَالَ لِلْحَائِضِ: إِنْ حِضَّتْ، فَلَا تُطْلَقُ إِلَّا بِحَيْضَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا، وَفِي إِضْمَارِهَا الْبَعْضُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بَاطِنٌ، لَا فِي دُخُولِهَا، وَفِي سَائِرِ أَفْعَالِهَا، وَفِي زَنَاهَا وَوِلَادَتِهَا خِلَافٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْ، فَضَرَّتْكَ طَالِقٌ، لَمْ يَقْبَلْ يَمِينُهَا فِي حَقِّ الضَّرَةِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْمَا جَمِيعًا، فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، وَصَدَّقَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى، طُلُقْتَ الْمُكَذَّبَةَ دُونَ الْمُصَدِّقَةِ؛ لِأَنَّ الْمُكَذَّبَةَ ثَبَتَ حَيْضُ ضَرَّتِهَا فِي حَقِّهَا بِتَضَدِّقِ الزَّوْجِ وَحَيْضِهَا؛ بِمَجْرَدِ قَوْلِهَا، وَأَمَّا الْمُصَدِّقَةُ، فَلَمْ يَثْبُتْ حَيْضُ ضَرَّتِهَا؛ مَعَ تَكْذِيبِ الزَّوْجِ فِي حَقِّهَا، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لِأَرْبَعٍ، ثُمَّ صَدَّقَ اثْنَتَيْنِ فَقَطْ، لَمْ تُطْلَقْ وَاحِدَةً، وَإِنْ صَدَّقَ ثَلَاثًا، طُلُقْتَ الْمُكَذَّبَةُ.

(الْفَصْلُ الْخَامِسُ: فِي التَّغْلِيْقِ بِالْمَشِيَّةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتَ، فَقَالَتْ فِي الْحَالِ: شِئْتُ، طُلُقْتُ، وَإِنْ قَالَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، لَمْ تُطْلَقْ (و)، وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيٍّ: إِنْ شِئْتَ، فَزَوَّجْتِي طَالِقٌ، فَبَيَّ وَجُوبِ الْفَوْرِ خِلَافٌ (ح م) وَكَذَلِكَ إِذَا عَلَّقَ عَلَى مَشِيَّةِ زَوْجَتِهِ الْغَائِبَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ شِئْتَ، وَشَاءَ أَبُوكَ، فَهَلْ يُعْتَبَرُ الْفَوْرُ فِي مَشِيَّةِ أَبِيهَا؟ وَجَهَانِ، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ، لَمْ تُطْلَقْ (ز) إِذَا الْمَشِيَّةُ لَا تُعْلَقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ وَاحِدَةً، فَشَاءَ أَبُوهَا وَاحِدَةً، لَمْ تُطْلَقْ

(١) فِي أ: فَطَلَقَتْ وَاحِدَةً.

(و) أَضْلًا.

وَقِيلَ: تُطَلَّقُ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ، وَهِيَ كَارِهَةٌ بَاطِنًا، طُلِّقَتْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَتْ الصَّيِّئَةُ: شِئْتُ، فَوَجْهَانِ، وَلَا نَظَرُ [لِقَبُولِ] ^(١) الْمَجْنُونَةِ.

(الْفَضْلُ السَّادِسُ: فِي مَسَائِلِ الدَّوْرِ)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتِكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا، أَنْحَسَمَ بَابُ الطَّلَاقِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: إِذَا نَجَزَ وَاحِدَةً، وَقَعَتْ تِلْكَ الْوَاحِدَةُ.

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ، إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ.

وَمِنْ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ أَلَيْتُ أَوْ ظَاهَرْتُ أَوْ رَاجَعْتُ، أَوْ فَسَخْتُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ وَطْئًا مُبَاحًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، فَوَطِئْتُ، فَلَا خِلَافَ أَنَّهَا لَا تُطَلَّقُ قَبْلَهُ. وَمِنْ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ طَلَّقْتُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا.

(الْقِسْمُ الثَّانِي: فِي فُرُوعِ التَّغْلِيقاتِ)، فَتَذَكُّرُهَا أَرْسَالًا.

وَجُمْلَةٌ نَظَرْنَا فِي تَحْقِيقِ الصِّفَاتِ، إِذَا عُلِّقَ عَلَيْهَا، فَلْتَذَكَّرِ الصِّفَاتِ؛ حَتَّى لَا تُطَوَّلَ، فَتَقُولَ: تَغْلِيْقُ الطَّلَاقِ يَطْلُوعُ الشَّمْسِ لَيْسَ حَلْفًا، سِوَاهُ كَانَ بِصِيغَةِ «إِنْ» أَوْ «إِذَا»، وَبِالْأَفْعَالِ، حَلْفٌ بِالصِّيغَتَيْنِ، وَبِأَكْلِ رُمَاتِهِ، يَخْنُثُ فِي التَّغْلِيْقِ بِهَا، وَيَنْصُفُ رُمَاتِهِ، وَالْبَشَارَةُ هِيَ الْخَبَرُ [ح] ^(٢). الْأَوَّلُ، وَالْكَذِبُ خَبَرٌ كَالصِّدْقِ، فَإِذَا قَالَ: يَا عَمْرُو، فَأَجَابَتْ حَفْصَةُ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: حَسِبْتُ عَمْرُو، طُلِّقْتُ حَفْصَةَ ظَاهِرًا، وَفِي عَمْرُو تَرَدُّدٌ ^(٣) (وَح)؛ إِذْ لَمْ يَجْرِ مَعَهَا إِلَّا مُجَرَّدُ النِّدَاءِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهَا أَيْضًا، وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرُؤُوسِهِ: إِنْ مَاتَ سَيِّدِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: إِنْ مِتُّ، فَأَنْتِ حُرٌّ، لَمْ تُحْرَمَ بِالطَّلْقَتَيْنِ؛ لِمُقَارَنَةِ الْعِتْقِ.

وَقِيلَ: تُحْرَمَ.

وَلَوْ عُلِّقَ طَلَاقُ زَوْجَتِهِ الْمَمْلُوكَةِ لِأَيِّهِ عَلَى مَوْتِ أَبِيهِ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ انْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِالْمَلِكِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْفُذُ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ يَفْدِمُ فَلَانٌ، فَقَدِمَ نِصْفَ النَّهَارِ، طُلِّقَتْ فِي الْحَالِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَتَبَيَّنَ الْوُقُوعُ أَوَّلَ النَّهَارِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَوْ قَدِمَ لَيْلًا، لَمْ تُطَلَّقْ أَضْلًا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ

(١) فِي أ: قَوْلُهُ.

(٢) سَقَطَ مِنْ أ.

(٣) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِذَا قَالَ: يَا عَمْرُو فَأَجَابَتْ حَفْصَةُ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: حَسِبْتُ، عَمْرُو طَلَّقَتْ حَفْصَةَ ظَاهِرًا، وَفِي عَمْرُو تَرَدُّدٌ» التَّرْتِيبُ الْمَشْهُورُ أَنَّ عَمْرُو لَا تَطْلُقُ، وَفِي حَفْصَةَ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا تَطْلُقُ.

[ت]

طَالِقٌ هَكَذَا، وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثِ، طُلُقْتَ ثَلَاثًا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ، إِنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا، إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَمَعْنَاهُ تَغْلِيْقُ التَّغْلِيْقِ، فَإِذَا كَلَّمْتَ زَيْدًا أَوَّلًا، تَعَلَّقَ طَلَاقُهَا بِالْذُّخُولِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرَبَعْتُكَ طَوَالِقُ إِلَّا فُلَانَةً^(١) لَمْ يَصِحَّ (و) هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ عِنْدَ الْقَاضِي حُسَيْنٍ^(٢) رَحِمَهُ اللهُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: هَؤُلَاءِ الْأَعْبُدُ الْأَرْبَعَةُ لِفُلَانٍ إِلَّا هَذَا الْوَاحِدَ^(٣)، لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ فِي الْمُعَيَّنِ لَا يُعْتَادُ.

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَطَلَقْتَ زَوْجَتَكَ؛ اسْتِخْبَارًا؟ فَقَالَ: نَعَمْ كَانَ إِقْرَارًا، وَإِنْ كَانَ لِاتِّمَاسِ الْإِنْشَاءِ، فَهُوَ صَرِيحٌ؛ فِي قَوْلٍ.

وَكِنَايَةٌ؛ فِي قَوْلٍ.

وَلَوْ قَالَتْ: (مَرَا طَلَاقَ دَه)، فَقَالَ: (دَازِم)، فَيَصِيرُ الْخِطَابُ مُعْتَادًا فِيهِ، وَيَكُونُ صَرِيحًا؛ عَلَى وَجْهِ.

وَلَوْ قَالَ الدَّلَالُ لِبَائِعِ الْمَتَاعِ: بَعْتُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، لَمْ يَكُنْ هَذَا خِطَابًا مَعَ الْمُشْتَرِي^(٤).

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَلَكِ زَوْجَةٌ؟ فَقَالَ: لَا، فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْإِقْرَارِ.

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ.

وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقُهَا بِتَمْيِيزِ النِّوَاةِ الَّتِي أَكَلَتْهَا عَمَّا أَكَلَهُ، فَبَدَّدَتْ، بَرَّثَتْ، إِذَا لَمْ يَكُنْ نَبْتُهُ (و) التَّفْرِيقُ. وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقُهَا عَلَى ابْتِلَاعِ تَمْرَةٍ فِيهَا، وَعَلَى الْقَذْفِ وَالْإِمْسَاكِ، بَرَّثَتْ بِأَكْلِ النِّصْفِ،

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أربعتك طوالق إلا فلانة» قد سبق في الإقرار أن الظاهر صحة الاستثناء عن المعينات كصحته عن المطلقات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «القاضي حسين»: هو أبو علي الحسين بن محمد المروزي إنه كان كبيراً غَوَاصَ في الدقائق، من أصحاب أبي بكر القفال، وله «التعليق الكبير والأصحاب الغر الميامين»، وسمعت سبطه الشيخ الحسن بن محمد بن الحسين بن محمد بن القاضي الحسين بـ «الري» يقول أتى القاضي رجل فقال: حلفتُ بالطلاق أنه ليس أحد في الفقه والعلم مثلك، فأطرق رأسه ساعةً وبكى، ثم قال: هكذا يفعل مؤثُّ الرجال لا يقع طلاقك يا هذا، سمع الحديث من أبي طاهر الزبائدي وأبي بكر الحيري وعبد الله بن يوسف، وروى عنه صاحبه الشيخ الحسين الفراء وغيره، وكان يقال له: صبر الأمة. [ت]

ينظر ترجمته في: طبقات العبادي ١١٢، تهذيب الأسماء واللغات ١/١٦٤، وفيات الأعيان ١٣٤/٢ - ١٣٥، العبر ٣/٢٩٤، دول الإسلام ١/٢٧١، مرآة الجنان ٣/٨٥، طبقات السبكي ٣٥٦/٤ - ٣٦٥، طبقات الإسفوي ١/٤٠٧ - ٤٠٨، تبصير المنتبه ٤/١٣٥٧، طبقات ابن هداية الله ١٦٣ - ١٦٤، كشف الظنون ١/٤٢٤، ٥١٧، شذرات الذهب ٣/٣١٠، إيضاح المكنون ٢/١٨٨.

(٣) قال الرافعي: «كما لو قال: هؤلاء الأعبد الأربعة لفلان إلا هذا الواحد» جعله كالأصل المفروق عنه والظاهر صحة الاستثناء، وبه أجاب في «الإقرار» حيث قال: الاستثناء عن الغير صحيح كقوله: هذه الدار لفلان إلا ذلك البيت، والخاتم إلا الفص، وهؤلاء العبيد إلا واحداً. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولو قال الدلال البائع المتاع بعث فقال: نعم لم يكن هذا خطاباً مع المشتري» يريد أنه جواب الدلال، ولا يصح البيع بذلك، والذي رجح أنه إذا قبل المشتري العقد البيع. [ت]

وَلَوْ عَلَّقَ بِالتَّرْوِيلِ مِنَ السَّلَمِ، وَبِالصُّعُودِ، وَالْوُقُوفِ، تَخَلَّصَتْ بِالطَّفَرَةِ وَبِالْحَمْلِ وَالانْتِقَالِ إِلَى سَلَمٍ
 آخَرَ، وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْلِ رُمَانَةٍ أَوْ رَغِيفٍ، تَخَلَّصَتْ بِتَرْكِ حَبَّةٍ مِنَ الرُّمَانَةِ، وَفُتَاتٍ مِنَ الرِّغِيفِ، وَمَهُمَا
 كَانَ لِلْفُظِّ مَفْهُومٌ فِي الْعُرْفِ، وَوَضَعَ فِي اللِّسَانِ، فَعَلَى أَيِّهِمَا يُحْمَلُ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالتَّحْقِيقُ أَنَّ ذَلِكَ
 لَا يُضْبَطُ، بَلْ تَارَةً يُرَجِّحُ الْعُرْفَ، وَتَارَةً اللَّعْنَةَ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ دَرَجَاتِ الْعُرْفِ وَظُهُورِ
 اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَتْ: يَا خَسِيسُ، فَقَالَ: إِنْ كُنْتُ كَذَلِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنْ قَصَدَ [المُكَافَأَةَ] ^(١)، طُلِقَتْ
 [بِكُلِّ حَالٍ] ^(٢)، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ، فَلَا تُطْلَقُ إِلَّا بِوُجُودِ الْحَسَةِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَالْعُرْفُ يَقْضِي بِأَنْ يُحْمَلَ
 اللَّفْظُ عَلَى الْمُكَافَأَةِ، فَقَدْ تَرَدَّدَ اللَّفْظُ وَالصَّيغَةُ لِلتَّعْلِيلِ، وَهُوَ أَوَّلَى هَهُنَا، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى مُخَالَفَتِهَا
 لِلأَمْرِ، ثُمَّ قَالَ: لَا تُكَلِّمِي زَيْدًا، فَكَلَّمْتُ، لَمْ تُطْلَقْ؛ لِأَنَّهُ مُخَالَفَةٌ لِلنَّهْيِ، وَهَذَا يُنَازَعُ فِيهِ الْعُرْفُ.
 وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى النَّهْيِ، فَقَالَ: قُومِي، فَقَعَدْتُ، قِيلَ: إِنَّهَا طُلِقَتْ؛ لِأَنَّ الأَمْرَ بِالشَّيْءِ نَهْيٌ عَنْ ضِدِّهِ،
 وَهُوَ فَاسِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَى حِينٍ، أَوْ زَمَانٍ، طُلِقَتْ (ح م) بَعْدَ لَخَطْوَةٍ وَكَذَلِكَ قَالُوا فِي الْعَصْرِ
 وَالْحُقْبِ، وَهُوَ بَعِيدٌ، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى الضَّرْبِ، لَمْ يَخْنَثَ بِالضَّرْبِ مِيتًا، وَالْمَسُّ بَعْدَ الْمَوْتِ مَسٌّ،
 وَلَمْ يَسْ شَعْرٌ وَالظُّفْرُ لَا يُخْنَثُ، وَالْقُدُومُ بِالْمِيتِ لَيْسَ بِقُدُومٍ، وَقَذْفُ الْمِيتِ قَذْفٌ، وَرُؤْيَةُ الْمِيتِ
 رُؤْيَةٌ (و)، وَالرُّؤْيَةُ فِي الْمَاءِ الصَّافِي رُؤْيَةٌ (و)، وَفِي الْمِرَاةِ فِيهِ تَرَدُّدٌ (و م)، وَرُؤْيَةُ (و) غَيْرُهَا الْهَلَالُ
 كَرُؤْيَتِهَا، وَالْهَمْسُ بِالْكَلامِ بِحَيْثُ لَا يُسْمَعُ لَيْسَ بِكَلَامٍ؛ وَكَذَلِكَ عَلَى مَسَافَةٍ لَا تُسْمَعُ، فَإِنْ حَمَلَ
 الرِّيحُ الصَّوْتُ، فَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنْ مَنَعَ الذُّهُولُ أَوْ اللَّعْطُ السَّمَاعَ، فَهُوَ كَلَامٌ (و)، وَكُلُّ فِعْلٍ عَلَّقَ بِهِ،
 فَإِذَا حَصَلَ مِنَ الْمُكْرَهِ أَوْ النَّاسِي، فَفِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قَصَدَ مَنَعَهَا عَنِ الْمُخَالَفَةِ، فَنَسِيتَ، لَمْ تُطْلَقْ.

(١) فِي أ: الْمَكَافَأَتِ.

(٢) فِي أ: مِنَ الْحَالِ.

(كِتَابُ الرَّجْعَةِ^(١)، وَفِيهِ فَصْلَانِ)

(الْأَوَّلُ: فِي أَزْكَانِهَا)، وَهِيَ أَزْبَعَةٌ:

الْمُوجِبُ لَهَا، وَهُوَ كُلُّ طَلَاقٍ يَسْتَعْقِبُ عِدَّةً، وَلَا عَوْضَ فِيهِ، وَلَمْ يَسْتَوْفِ عِدَّةَ الطَّلَاقِ.
(الثَّانِي): الْمُرْتَجِعُ، وَهُوَ كُلُّ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ.

(الثَّالِثُ: الصَّيْغَةُ)، وَصَرِيحُهَا قَوْلُهُ: رَجَعْتُ، وَرَاجَعْتُ، وَأَزْتَجَعْتُ، وَقَوْلُهُ: رَدَدْتُهَا إِلَى النِّكَاحِ، فِيهِ خِلَافٌ (و)؛ وَكَذَلِكَ لَفْظُ الإِمْسَاكِ، وَالتَّرْوِيجِ صَرِيحٌ؛ عَلَى وَجْهِ، وَكِنَايَةٌ، عَلَى وَجْهِ، وَلَعُوٌّ، عَلَى وَجْهِ، وَالْأَطْهَرُ أَنَّ صَرَاحَهُ مَحْضُورَةٌ، وَقَوْلُهُ: «أَعَدْتُ الْحِلَّ»، وَرَفَعْتُ التَّحْرِيمَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْكِنَايَةَ تَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ الْجَدِيدَ؛ أَنَّ الْإِشْهَادَ لَا يُشْتَرَطُ

(١) الرَّجْعَةُ: قَالَ فِي «المصباح»: بِالْفَتْحِ بِمَعْنَى الرَّجُوعِ، وَفُلَانٌ يُؤْمِنُ بِالرَّجْعَةِ، أَيُّ بِالْعُودِ إِلَى الدُّنْيَا. وَأَمَّا الرَّجْعَةُ بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَرَجْعَةُ الْكِتَابِ بِفَالْفَتْحِ وَالْكَسْرِ، وَبَعْضُهُمْ يَقْتَصِرُ فِي رَجْعَةِ الطَّلَاقِ عَلَى الْفَتْحِ، وَهُوَ أَفْصَحُ.

قَالَ ابْنُ فَارَسٍ: وَالرَّجْعَةُ مَرَاجَعَةُ الرَّجُلِ أَهْلَهُ، وَقَدْ نَكَرَ، وَهُوَ تَمْلِكُ الرَّجْعَةَ عَلَى زَوْجَتِهِ، وَطَلَاقِ رَجْعِي بِالْوَجْهِينِ أَيْضًا. اهـ.

وَفِيهِ رَجَعَتِ الْمَرْأَةُ إِلَى أَهْلِهَا، بِمَوْتِ زَوْجِهَا أَوْ طَلَاقٍ، فَهِيَ رَاجِعٌ.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَفْرُقُ فَيَقُولُ: الْمَطْلُوقَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالْمَتَوَفَى عَنْهَا رَاجِعٌ.

قَالَ صَاحِبُ «المختار»: رَجَعَ الشَّيْءُ بِنَفْسِهِ مِنْ بَابِ «خَلَسَ» وَرَجْعَةٌ غَيْرُهُ مِنْ بَابِ «قَطَعَ»، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ الْقَوْلُ﴾ أَيُّ يَتَلَاوَمُونَ.

وَالرُّجُوعُ الرَّجُوعُ، وَكَذَا الْمَرْجِعُ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ﴾ وَهُوَ شَاذٌ؛ لِأَنَّ الْمَصَادِرَ مِنْ فَعَلٍ إِنَّمَا تَكُونُ بِالْفَتْحِ.

وَرَجْعَةٌ بِفَتْحِ الرَّاءِ وَكُسْرُهَا، وَالْفَتْحُ أَفْصَحُ، وَالرَّاجِعُ الْمَرْأَةُ يَمُوتُ زَوْجُهَا، فَتَرْجِعُ إِلَى أَهْلِهَا وَأَمَّا الْمَطْلُوقَةُ: فَهِيَ الْمَرْدُودَةُ.

وَالرُّجُوعُ: الْمَطَرُ، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالسَّمَاءُ ذَاتِ الرُّجْعِ﴾.

وَقِيلَ: مَعْنَاهُ: النِّفْعُ.

وَالْمَرَاجَعَةُ الْمَعَادَةُ، يُقَالُ: رَاجَعَهُ الْكَلَامُ، وَرَاجَعَ امْرَأَتَهُ فَهِيَ لَفْظُ: الْمَرْءُ مِنَ الرُّجُوعِ.

وَاصْطِلَاحًا:

عَرَفَهَا الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: اسْتِدَامَةُ الْمِلْكِ الْقَائِمِ فِي الْعِدَّةِ، يَرُدُّ الزَّوْجَةُ إِلَى زَوْجِهَا، وَإِعَادَتُهَا إِلَى حَالَتِهَا الْأُولَى.

عَرَفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: رَدُّ الْمَرْأَةِ إِلَى النِّكَاحِ مِنْ طَلَاقٍ غَيْرِ بَائِنٍ مِنَ الْعِدَّةِ، عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ.

عَرَفَهَا الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهَا: عَوْدُ الزَّوْجَةِ الْمَطْلُوقَةِ لِلْعَصْمَةِ مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ عَقْدٍ.

عَرَفَهَا الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهَا: إِعَادَةُ الْمَطْلُوقَةِ غَيْرِ بَائِنٍ، إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَقْدٍ.

يَنْظُرُ: الْاِخْتِيَارَ ١٠٠/٢، حَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ ٤١٥/٢، كَشَافُ الْقَنَاعِ ٣٤١/٥.

فِيهَا^(١)، وَالتَّغْلِيْقُ لَا يَنْطَرِقُ إِلَيْهَا؛ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ، وَلَا تَخْصُلُ الرَّجْعَةُ بِالْوَطْءِ [ح]^(٢) وَسَائِرِ الْأَفْعَالِ.

(الرَّابِعُ: الْمَجْلُ)، وَهِيَ الْمُعْتَدَّةُ الْقَابِلَةُ لِلْحِلِّ، فَلَوْ أَرْتَدَّتْ، فَرَجَعَتْهَا، فَرَجَعَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ، لَزِمَ اسْتِنَافُ الرَّجْعَةِ، وَإِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ، فَلَا رَجْعَةَ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا الْعِدَّةَ بِالْإِثْبَانِ فِي غَيْرِ الْمَأْتِي، أَوْ بِالْخُلُوةِ، ثَبَّتَ (ح) الرَّجْعَةُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَإِذَا ادَّعَتْ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ بِوَضْعِ الْحَمْلِ، مَيِّتًا أَوْ حَيًّا، نَاقِصًا أَوْ كَامِلًا، صُدِّقَتْ بِبَيِّنَتِهَا؛ فِي أَظْهَرِ الرَّجْعَيْنِ، وَإِذَا ظَهَرَتِ الصُّورَةُ الْأُولَى انْقَضَتْ الْعِدَّةُ بِوَضْعِهَا، وَفِي الْمُضْغَةِ قَوْلَانِ، وَيُقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الْإِمْكَانِ، وَإِمْكَانُ الْوَلَدِ الْكَامِلِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ إِمْكَانِ الْوَطْءِ، وَإِمْكَانُ الصُّورَةِ، إِلَى مِائَةِ وَعِشْرِينَ يَوْمًا، وَإِمْكَانُ اللَّحْمِ، إِلَى ثَمَانِينَ يَوْمًا، وَإِمْكَانُ انْقِضَاءِ الْأَقْرَاءِ، إِذَا طُلِّقَتْ فِي الطُّهْرِ، اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ يَوْمًا [ح]^(٣) وَلَخَطَّتَانِ، وَإِنْ طُلِّقَتْ فِي الْحَيْضِ، سَبْعَةٌ (ح) وَأَرْبَعُونَ يَوْمًا وَلَخَطَّتَانِ، وَفِي الْمُبْتَدَأَةِ كَذَلِكَ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْقَرْءَ هُوَ طُهْرٌ مُحْتَوِشٌ بِحَيْضٍ، فَلَا أَقْلَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ وَثَلَاثِ حَيْضٍ، وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ يَوْمًا [وَلَخَطَّتَانِ]^(٤)، وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي مُدَّةِ الْإِمْكَانِ؛ عَلَى خِلَافِ عَادَتِهَا؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِذَا وَطَّئَهَا بَعْدَ قَرْءَيْنِ، اسْتَأْنَفَتْ ثَلَاثَةَ أَقْرَاءَ، وَلَا رَجْعَةَ إِلَّا فِي الْأَوَّلِ مِنْهَا، فَإِنْ أَحْبَلَهَا، فَوَضَعَتْ، رَجَعَتْ إِلَى بَقِيَّةِ الْأَقْرَاءِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَفِيهَا الرَّجْعَةُ، وَهَلْ ثَبُتَ فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِ الرَّجْعِيَّةِ)، وَهِيَ مُحَرَّمَةٌ (ح) الْوَطْءِ، وَلَكِنْ لَا جَدَّ فِي وَطْئِهَا، وَيَجِبُ الْمَهْرُ، إِنْ لَمْ يُرَاجَعْهَا، وَإِنْ رَاجَعَهَا، فَالْنَّصُّ أَنَّهُ يَجِبُ، وَالنَّصُّ فِي الْمُرْتَدَّةِ، إِذَا وَطَّئَهَا، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ؛ أَنَّ لَا مَهْرَ.

وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَيَصَحُّ مُخَالَغَتُهَا عَلَى الْجَدِيدِ^(٥)، وَلَا خِلَافَ فِي صِحَّةِ الْإِبْلَاءِ وَالظُّهَارِ^(٦) وَاللَّعَانِ وَالطَّلَاقِ وَجَرَائِنِ التَّوَارِثِ وَلِزُومِ النَّفَقَةِ، وَلَوْ قَالَ: زَوْجَانِي طَوَّلْتُ، أُنْذِرُجَتْ تَحْتَهُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا، وَهِيَ رَقِيقَةٌ، فَعَلَيْهِ الْأَسْتِيزَاءُ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ، وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ رَاجَعَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ إِذَا الْأَصْلُ عَدَمُ الرَّجْعَةِ.

وَقِيلَ: هُوَ الْمُصَدَّقُ؛ إِذَا الْأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَلَوْ قَالَ: رَاجَعْتُكَ الْآنَ، فَقَالَتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي

(١) قال الرافعي: «الصحيح الجديد: أن الإشهاد لا يشترط فيها» هذا يشعر بأن القديم الاشتراط، والأكثرون نقلوا الاشتراط عن «الإملاء»، وقالوا قوله في القديم، والجديد عدم الاشتراط. [ت]

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: لحظة.

(٥) قال الرافعي: «ويصح مخالفتها على الجديد» قد سبقت المسألة في الخلع، لكنه أرسل القولين هناك.

[ت]

(٦) قال الرافعي: «ولا خلاف في صحة الإبلاء والظهار» إلى قوله: ولزوم النفقة هذه الأحكام معادة في أبوابها. [ت]

بِالْأَمْسِ، وَأَنْكَرَ، أَوْ قَالَتْ: أَنْقَضْتُ عِدَّتِي، فَقَالَ: رَاجِعْتُكَ بِالْأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالْخِلَافُ جَارٍ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا: لِأَنَّ الزَّوْجَ يَقْدِرُ عَلَى الْإِشْهَادِ^(١)، وَلَأَجْلِ هَذَا، يُسْتَحَبُّ لَهُ الْإِشْهَادُ، وَهِيَ مُؤْتَمَنَةٌ عَلَى مَا فِي رَجِمِهَا، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ: رَاجِعْتُكَ بِالْأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ؛ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الْإِنْشَاءِ، فَإِنْ صَدَّقْنَاهَا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يُجْعَلُ إِنْشَاءً، بَلْ عَلَيْهِ الْإِنْشَاءُ، إِنْ أَرَادَ، وَمَهُمَا أَنْكَرَتْ الرَّجْعَةَ، ثُمَّ رَجَعَتْ، صُدِّقَتْ، وَإِنْ كَانَ فِي إِنْكَارِهَا إِقْرَارٌ بِالتَّخْرِيمِ؛ لِأَنَّهَا جَحَدَتْ حَقَّ الزَّوْجِ، ثُمَّ أَقَرَّتْ؛ فَيَتَرَجَّعُ جَائِئُهُ، وَلَوْ أَقَرَّتْ بِتَخْرِيمِ رِضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الرُّجُوعُ (ح)، وَإِنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، ثُمَّ رَجَعَتْ، فَلَا ظَهَرَ أَنَّهُ يُقْبَلُ لِحَقِّ الزَّوْجِ.

(١) قال الرافعي: «فالخلاف جارٍ والأظهر أن القول قولها، لأن الزوج يقدر على الإشهاد» هذا يشعر بترجيح هذا الوجه في الصور كلها، وهو غير مساعد عليه فيها إذا اتفقا على وقت الرجعة واختلفا في وقت انقضاء العدة، بل الظاهر أنه المصدق، ولا فيما إذا لم يتفقا على وقت واحد منهما، بل الظاهر تصديق من سبق إلى الدعوى. [ت]

(كِتَابُ الْإِيلَاءِ^(١)؛ وَفِيهِ بَابَانِ):

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَرْكَانِهِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ):

(الْوَكْنُ الْأَوَّلُ: الْخَالِفُ)، وَهُوَ كُلُّ زَوْجٍ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْوَفَاقُ، حُرّاً كَانَ أَوْ رَقِيقاً، كَافِراً كَانَ أَوْ مُسْلِماً، كَانَتْ رَجْعِيَّةً أَوْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ، كَانَ الزَّوْجُ مَرِيضاً أَوْ صَحِيحاً، أَوْ خَصِيئاً أَوْ مَجْبُوبَ بَعْضِ الذَّكْرِ، وَإِنْ جُبَّ جَمِيعُ ذَكَرِهِ، فَالصَّحِيحُ (ح م) أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِيْلَاؤُهُ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ^(٢)، وَإِنْ

(١) الإيلاء لغة: بالمد: الحلف، وهو: مصدر. يقال: آلى بمدة بعد الهمزة، يؤلي إيلاءً، وتألّى وتألّى، والآلية، بوزن فعيلة: اليمين، وجمعها آليات: بوزن خطايا، قال الشاعر:

قليل الآليات حافظ ليمينه وإن سبقت فيه الآلية برّت
والألوة بسكون اللام، وتثنية الهمزة: اليمين أيضاً.

ينظر: الصحاح: ٢٢٧/٦، المغرب: ٢٨، لسان العرب: ١١٧/١، المصباح المنير: ٣٥/١.

واصطلاحاً:

عرّفه الحنفية: هو عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر أو أكثر.

وعرّفه الشافعية بأنه: هو حلف زوج يصبح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر.

وحكمة التقييد بتلك المدة أن المرأة يعظم ضررها إذا زاد على ذلك، لأنها تصبر عن الزوج أربعة أشهر وبعد ذلك يفنى صبرها أو يقل. روى البيهقي عن عمر أنه خرج مرة في الليل في شوارع المدينة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل واسودّ جانبه وأزقني أن لا خليل الأعبه
فوالله لولا الله تخشى عواقبه لحرك من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يصدّني وأخشى لبعلي أن تنال مراتبه

فقال عمر لابنته حفصة كم أكثر ما تصبر المرأة عن الزوج؟ وروي أنه سأل النساء فقلن له تصبر شهرين وفي الثالث يقل صبرها وفي آخر الرابع يفقد صبرها، فكتب إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر، وقولها من هذا السرير أرادت نفسها لأنها فراش الرجل فهي كالسرير الذي يجلس عليه.

وعرّفه المالكية بأنه: حلف الزوج المسلم المكلف المكن وطؤه بما يدل على ترك وطء زوجته غير الموضع أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد تصريحاً أو احتمالاً قيّد أو أطلق وإن تعليقاً.
وعرّفه الحنابلة بأنه: حلف الزوج - القادر على الوطء - بالله تعالى أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر..

ينظر: تبين الحقائق / شرح كنز الدقائق: ٢٦١/٢، الشرح الصغير: ٢٧٨/٢، ٢٧٩، المطلع: ٣٤٣، تحفة المحتاج: ١٨٨/٨، شرح المحلى على المنهاج: ٢٤.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية وإنما عدي فيها بمن وهو إنما يعدي بعلى، لأنه ضمن معنى البعد كأنه قال للذين يؤلون مبعدين أنفسهم من نسائهم وهو حرام للإيذاء.

(٢) قال الرافعي: «وإن جب جميع ذكره فالصحيح أنه لا يصح إيلؤه وقيل: قولان» الظاهر عند الأكثرين =

أَلَى، ثُمَّ جُبَّ، أَنْقَطَعَ الْإِيْلَاءُ، وَقِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ^(١).

وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ، ثُمَّ نَكَحَهَا، لَمْ يَكُنْ مُؤْلِيًا.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمَخْلُوفُ بِهِ)، وَهُوَ اللَّهُ تَعَالَى، أَوْ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِهِ، فَإِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ، ثُمَّ وَطِئَ، لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ؛ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَا يَخْتَصُّ الْإِيْلَاءُ بِالْيَمِينِ بِاللَّهِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ، بَلْ كُلُّ مَا فِيهِ الْتِزَامٌ؛ مِنْ عِتْقٍ، وَطَلَاقٍ، أَوْ لُزُومِ صَوْمٍ وَصَدَقَةٍ، وَعُلُقٍ بِالْوَطْءِ، فَهُوَ إِيْلَاءٌ.

ثُمَّ إِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ، فَهُوَ يَمِينُ لَجَاجٍ، وَفِيمَا يَلْزَمُ فِيهِ [ثَلَاثَةٌ]^(٢) أَقْوَالٍ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ جَامَعْتُكَ، فَعَبْدِي حُرٌّ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ، أَوْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ، أَنْحَلَّ الْإِيْلَاءُ، وَإِنْ قَالَ: فَعَبْدِي حُرٌّ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، صَارَ مُؤْلِيًا، وَلَكِنْ بَعْدَ انْقِضَاءِ شَهْرٍ مِنَ اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَعَبْدِي حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي، وَكَانَ قَدْ ظَاهَرَ، صَارَ مُؤْلِيًا؛ لِالْتِزَامِهِ تَغْيِينِ الْعَبْدِ وَتَعْجِيلِهِ، فَإِنْ وَطِئَ، أَنْصَرَفَ الْعِتْقُ إِلَى الظَّاهَرِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ ظَاهَرَ، فَيَكُونُ مُقَرَّأً عَلَى نَفْسِهِ بِالظَّاهَرِ، فَيَعْتَقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِئَ، وَيَكُونُ مُؤْلِيًا، وَإِنْ قَالَ: فَهُوَ حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي، إِنْ تَظَاهَرَتْ، فَإِنَّمَا يَصِيرُ (و) مُؤْلِيًا، إِذَا ظَاهَرَ، لِأَنَّهُ عَلَّقَ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَعْتَقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِئَ بَعْدَ ذَلِكَ، لَا عَنْ الظَّاهَرِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَغْلِيْقُهُ عَلَى الظَّاهَرِ، وَيَخْتِمِلُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا لَمْ يَنْصَرَفْ إِلَى الظَّاهَرِ، لَمْ يَعْتَقِ، لِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَيَنْدَفِعُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَأَنْتَ طَالِقٌ [ثَلَاثًا]^(٣)، فَهُوَ مُؤْلٍ (و)، فَإِنْ وَطِئَ، فَعَلَيْهِ التَّرْغُ عِنْدَ تَغْيِيبِ الْحَشْفَةِ.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ بِهِ الْوَطْءُ: لِأَنَّ التَّرْغَ مِنَ الْجَمَاعِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَأَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةً^(٤)، وَقَعَ بِالْوَطْءِ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً؛ لِاقْتِرَانِ الْمَسِيسِ بِالطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَضَرْتُكَ طَالِقٌ، فَهُوَ مُؤْلٍ (و)، فَإِنْ مَاتَتْ، الضَّرَّةُ، أَنْحَلَّ الْإِيْلَاءُ، وَإِنْ أَبَانَهَا، فَكَمَثَلٌ، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، وَقُلْنَا: يَعُودُ الْحِنْثُ، فَيَعُودُ الْإِيْلَاءُ، وَتُبْنَى (و) [الْعِدَّةُ]^(٥) عَلَى مَا مَضَى؛ فَلَا تُسْتَأْنَفُ^(٦)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ إِحْدَاكُمَا، فَلَا أُخْرَى طَالِقٌ، وَأَبَى الْفَيْئَةُ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُطَلِّقَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْإِنْبِهَامِ، ثُمَّ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ مَا نَوَى أَوْ يُعَيِّنَ.

= طريقة القولين. [ت]

(١) قال الرافعي: «وإن ألى ثم جب انقطع الإيلاء، وقيل بطرد القولين» الظاهر طرد القولين، والنظم يشعر بترجيح الطريق الأول. [ت]

(٢) سقط من ط، ب.

(٣) في أ: اثنتان.

(٤) قال الرافعي: «ولو قال لغير المدخول بها: إن وطئتكَ فأنت طالق واحدة» لفظ «الواحدة» لا حاجة إليه. [ت]

(٥) في أ: المدة.

(٦) قال الرافعي: «وإن جدَّد نكاحها وقلنا يعود الحنث فيعود الإيلاء، وتبنى العدة على ما معنى، ولا تستأنف» من وجه، وفي وجه يستأنف، ويشبه أن يكون هو الأظهر، وهو المذكور في «التهذيب». [ت]

وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ دَعَاؤُهُمَا مَعَ الْإِنْبَاهِ.

وَلَوْ قَالَ لَأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: وَالله لَا أَجَامِعُكُمْ، فَإِنْ جَامَعَ ثَلَاثًا، صَارَ مُوَلِيًّا عَنِ الرَّابِعَةِ، وَالْكَفَّارَةُ تَجِبُ بِوَطْءِ الْجَمِيعِ، وَبِوَطْءِ وَاحِدَةٍ يَقْرُبُ مِنَ الْحَنْثِ، وَلَا يَحْنُثُ، وَالْقُرْبُ مِنَ الْحَنْثِ مَحْذُورٌ، وَلَكِنَّهُ لَا يَصِيرُ بِهِ (ح م و) مُوَلِيًّا؛ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُمْ، فَهُوَ مُوَلٍ، إِذْ يَلْزِمُهُ الْكَفَّارَةُ بِوَطْءِ أَيِّ وَاحِدَةٍ وَطِئَهَا، وَلَوْ قَالَ: وَالله لَا أَجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْكُمْ، وَأَرَادَ لَزُومَ الْكَفَّارَةِ [بِوَطْءِ] ^(١) أَيِّ وَاحِدَةٍ كَانَتْ، فَهُوَ مُوَلٍ، وَإِنْ أَرَادَ وَاحِدَةً مِنْهُمَا، فَهُوَ مُوَلٍ، وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يُعَيِّنَ وَاحِدَةً، فَيَخْتَصُّ بِالْإِبْلَاءِ بِهَا، وَيَقُولُ: هِيَ الَّتِي أَرَدْتُهَا، وَأَنْشَأَتْ تَعْيِينَهَا عَنِ الْإِنْبَاهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَرْجُو أَلَّا تَكُونَ هِيَ الْمُعَيَّنَةُ، وَلَوْ أَطْلَقَ اللَّفْظَ فَعَلَى أَيِّ الْاِخْتِمَالَيْنِ يُحْمَلُ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، فَإِذَا وَطِئَ مَرَّةً، صَارَ مُوَلِيًّا، إِنْ بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ زِيَادَةٌ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ إِلَّا عَشْرَ مَرَّاتٍ، أَوْ مِائَةً، فَإِذَا اسْتَوْفَى الْعَدَدَ، صَارَ مُوَلِيًّا، إِنْ بَقِيََتِ الْمُدَّةُ، وَلَوْ أَلَى عَنِ أَمْرَةٍ، ثُمَّ قَالَ لِأُخْرَى: أَشْرَحْتُكَ مَعَهَا، وَتَوَلَّى، لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللهِ تَعَالَى، وَلَا صَرَّحَ بِالْإِتِمَارِ، وَفِي الطَّلَاقِ يُمَكِّنُ الْأَشْتِرَاكَ، وَفِي الظَّهَارِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ يَغْلِبُ فِيهِ الْيَمِينُ، أَوِ الطَّلَاقُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ لِغَيْرِهَا: أَشْرَحْتُكَ، وَأَرَادَ تَغْلِيْقَ طَلَاقِهَا بِدُخُولِهَا نَفْسِهَا، فَهَلْ يَصِحُّ هَذِهِ الْكِنَايَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَتَوَلَّى الْإِبْلَاءَ، ائْتَعَدَ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَرَدَ فِي الْكِتَابِ لِإِجَابِ الْكَفَّارَةِ، وَلَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُكَ، إِنْ شِئْتَ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، صَارَ (م) مُوَلِيًّا، وَهَلْ يَخْتَصُّ الْمَشِيئَةُ بِالْمَجْلِسِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْإِبْلَاءُ يَنْعَقِدُ فِي غَيْرِ حَالِ الْغَضَبِ، وَلَا يَنْعَقِدُ بِمِثْلِ قَوْلِهِ: إِنْ وَطِئْتُ، فَأَنَا زَانٍ، أَوْ أَنْتِ زَانِيَةٌ، إِذْ لَا يُتَعَرَّضُ بِسَبَبِهِ لِلزُّوْمِ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: فِي الْمُدَّةِ)، وَالْإِبْلَاءُ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْأَمْتِنَاعِ مُطْلَقًا، أَوْ أَكْثَرَ (ح) مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُكَ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، (ح) لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا، فَلَوْ أَعَادَ الْيَمِينَ فِي آخِرِ الْأَشْهُرِ مَرَّةً أُخْرَى، وَلَمْ يَزَلْ يَفْعَلْ كَذَلِكَ، فَلَيْسَ بِمُوَلٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: وَالله، لَا أَجَامِعُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لَا أَجَامِعُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَهَكَذَا مَرَّاتٍ، لَمْ يَكُنْ (و) مُوَلِيًّا؛ إِذِ الْمُطَالَبَةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ تَقَعُ بَعْدَ انْحِلَالِ الْيَمِينِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لَا أَجَامِعُكَ سَنَةً، فَيُطَالَبُ بِالْفَيْئَةِ فِي الشَّهْرِ الْخَامِسِ، وَإِنْ تُرِكَتْ حَتَّى انْقَضَى الْخَامِسُ، سَقَطَتِ الْمُطَالَبَةُ إِلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، أُخْرَى، تَنْقُضِي مِنَ الْيَمِينِ الثَّانِيَةَ، وَلَوْ طَلَّقَ، ثُمَّ رَاجَعَ فِي الْخَامِسِ، لَمْ تُعَدَّ الْمُطَالَبَةُ لِأَنَّهُ قَدْ دَفَعَ طَلَبَهُ الْيَمِينَ الْأَوَّلَى لَكِنْ بَعْدَ الْخَامِسِ يُسْتَأْنَفُ عَلَيْهِ مُدَّةُ الْيَمِينِ الثَّانِيَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَطُوقُ؛ حَتَّى يَنْزِلَ عَيْسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ، أَوْ يَخْرُجَ الدَّجَالُ، أَوْ يَقْدَمَ فُلَانٌ، وَهُوَ عَلَى مَسَافَةٍ يَعْلَمُ تَأَخُّرَ قُدُومِهِ عَنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَهُوَ مُوَلٍ (و)، وَلَوْ قَالَ: حَتَّى يَدْخُلَ زَيْدٌ

(١) سقط من أ.

الدَّارَ، فَمَضَى أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَلَمْ يَدْخُلْ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ؛ لِأَنَّهُ يُنْتَظَرُ دُخُولُهُ كُلَّ سَاعَةٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُطَالَبُ.

وَلَوْ قَالَ: إِلَى أَنْ أَمُوتَ أَوْ تَمُوتِي، فَهُوَ مُوَلٍ، وَ لَوْ قَالَ: إِلَى أَنْ يَمُوتَ زَيْدٌ، فَهُوَ كَالْتَّغْلِيْقِ بِدُخُولِ زَيْدٍ وَقُدُومِهِ مِنْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْتَّغْلِيْقِ بِخُرُوجِ الدَّجَالِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِي الْمَخْلُوفِ عَلَيْهِ)، وَهُوَ الْجَمَاعُ، وَلَفْظُهُ الصَّرِيحُ الَّذِي لَا يَدَّيْنُ مَتَاوَلُهُ: تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ فِي الْفَرْجِ، وَإِيلَاجُ الذَّكْرِ وَالتَّيْكِ، أَمَّا الْجَمَاعُ وَالْوَطْءُ فَيَدَّيْنُ فِيهِ النَّاوي، وَلَا يُقْبَلُ (و) ظَاهِرًا وَأَمَّا الْمُبَاضَعَةُ وَالْمَلَامَسَةُ وَالْمُبَاشَرَةُ، فَقَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَالْجَمَاعِ.

وَالْآخَرُ: أَنَّهُ كِنَايَةٌ (ح)؛ كَقَوْلِهِ: لَا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسَكَ وَسَادَّةً، وَقَوْلِهِ: لَا بُعْدَ عَنْكَ، وَالْإِصَابَةُ (و م) قَرِيبَةٌ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ، وَالْقُرْبَانُ وَالْغَشْيَانُ وَالْإِثْيَانُ بِالْكِنَايَةِ أَشْبَهُ.

وَقِيلَ: هِيَ كَالْمُبَاشَرَةِ وَالْمُبَاضَعَةِ.

وَلَوْ قَالَ لَا أَجَامِعُكَ فِي الْخَيْضِ وَالنَّفَاسِ وَفِي الدُّبْرِ، فَهُوَ مُخْسِنٌ؛ وَلَيْسَ بِمُوَلٍ أَصْلًا.

(البَابُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:)

(الْأَوَّلُ: ضَرْبُ الْمُدَّةِ)، فَإِذَا قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ، أَمَهْلَنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْ، رَفَعَتْهُ (ح) إِلَى الْقَاضِي، لِيَأْمُرَهُ بِالْفَيْتَةِ، فَإِنْ أَبَى، طَلَّقَ [ح] ^(١) الْقَاضِي عَلَيْهِ ^(٢)، وَلَا تَحْتَاجُ الْمُدَّةُ إِلَى ضَرْبِ الْقَاضِي ^(٣) بِخِلَافِ الْعِنَّةِ، وَتَرْتَبُصُ الْأَمَةُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ (ح)؛ كَالْحُرَّةِ، وَالتَّرْتَبُصُ عَنِ الْعَبْدِ (م) كَهُوَ عَنِ الْحُرِّ، وَتَنْقَطِعُ الْمُدَّةُ بِالطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالرَّذَّةِ، فَإِذَا رَاجَعَهَا، أَوْ عَادَتْ، اسْتَوْفَتْ الْمُدَّةُ؛ لِيَتَوَالَى الْإِضْرَارُ، وَكَذَلِكَ إِذَا طَلَّقَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا بَعْدَ الْمُدَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَرْتَدَّ، [اسْتَأْنَفَ] ^(٤) الْمُدَّةَ عِنْدَ

(١) فِي أ: (و).

(٢) قَالَ الرَّافِعِي: «ضَرْبُ الْمُدَّةِ إِذَا قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ أَمَهْلَنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ يَطَأَهَا رَفَعَتْهُ إِلَى الْقَاضِي لِيَأْمُرَهُ بِالْفَيْتَةِ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ الْقَاضِي عَلَيْهِ» هَذَا غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُنَا الْكَلَامُ فِي الْمُدَّةِ فَلَوْ قَالَ ضَرْبُ الْمُدَّةِ فَيَمُهِلُ الْمَوْلَى أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ. [ت]

(٣) قَالَ الرَّافِعِي: «وَلَا تَحْتَاجُ الْمُدَّةُ إِلَى ضَرْبِ الْقَاضِي» كَفَى، لَكِنْ قَوْلُهُ: «فَإِنْ لَمْ يَطَأْ رَفَعَتْهُ» يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَوْ وَطِءَ فِي الْمُدَّةِ انْحَلَّتِ الْيَمِينُ، وَلَا رَفْعَ. [ت]

(٤) فِي أ: فَيَسْتَأْنَفُ.

الْعَوْد، وَأَمَّا طَرَيَانُ الصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ عَلَيْهِ لَا يَقْطَعُ الْمُدَّةَ، وَكَذَلِكَ مَرَضُهُ وَحَبْسُهُ وَجُنُونُهُ، فَإِنْ كَانَ الْمَانِعُ فِيهَا مَنَعٌ احْتِسَابَ الْمُدَّةِ؛ كَصَغَرِهَا وَجُنُونِهَا وَحَبْسِهَا وَمَرَضِهَا الْعَظِيمِ، وَلَكِنْ لَوْ طَرَأَتْ، ثُمَّ زَالَتْ، لَمْ تُسْتَأْنَفِ الْمُدَّةُ، بَلْ تُبْنَى عَلَى الْمَاضِي؛ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ^(١)، أَمَّا إِذَا طَرَأَتْ بَعْدَ الْمُدَّةِ، مُبْتِغِي الْمُطَالَبَةِ فِي الْحَالِ، وَلَكِنْ إِذَا زَالَ، لَمْ يُوجِبِ (و)، اسْتِثْنَاءُ الْمُدَّةِ؛ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالرَّوْدَةِ.

أَمَّا صَوْمُهَا، فَلَا يَمْنَعُ مِنْ اخْتِسَابِ الْمُدَّةِ، وَلَا حَيْضُهَا، وَإِنْ كَانَ يَمْنَعُ طَلَبُ الْوَطْءِ فِي الْحَالِ.

(الْحُكْمُ الثَّانِي: الْمُطَالَبَةُ)، وَلَهَا ذَلِكَ، إِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ مِنْ غَيْرِ قَاطِعٍ، فَإِنْ رَضِيَتْ، لَمْ يَبْطُلَ حَقُّهَا، وَكَانَ لَهَا الْعَوْدُ، بِخِلَافِ الْعَنْةِ، بَلْ هَذَا كَرِضَاهَا بِاعْسَارِ الزَّوْجِ؛ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الطَّلَبِ، وَلَا مُطَالَبَةَ لَوْلِي الصَّغِيرَةِ وَالْمَخُونَةِ، وَلَا لِسَيِّدِ الْأَمَةِ، بَلْ يَخْتَصُّ هَذَا بِالْمَرْأَةِ، وَلَا مُطَالَبَةَ لِلْمَرِيضَةِ الَّتِي لَا تَحْتَمِلُ الْوُقَاعَ، وَلَا لِلرَّثَقَاءِ، وَلَا لِلْحَائِضِ حَالَةَ الْخَيْضِ.

وَإِنْ كَانَ فِي الرَّجُلِ مَانِعٌ طَبِيعِيٌّ، فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِالْفَيْتَةِ بِاللِّسَانِ وَوَعْدِ الْوُقَاعِ، وَإِنْ كَانَ شَرْعِيًّا؛ كَالطَّهَارَةِ وَالصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ، فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُطْلَقَ، أَوْ يَقْضَى بِالْوُقَاعِ، إِلَّا أَنْ ذَلِكَ يَنْقَدِحُ، إِنْ جَوَّزْنَا لَهَا التَّمْكِينَ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلرَّجْعِيَّةِ التَّمْكِينَ؛ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمَانِعُ فِيهَا كَالصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ وَالْخَيْضِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ، وَعَصَى بِطَلَبِ الْوُقَاعِ، قِيلَ: يَجِبُ عَلَيْهَا التَّمْكِينَ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الزَّوْجِ، فَيُوفَّى، وَإِنْ كَانَ عَاصِيًا بِالِاسْتِيفَاءِ.

وَقِيلَ: لَا يَجِبُ، وَلَا يَحِلُّ، فَعَلَى هَذَا لَا يُمَكِّنُ طَلَبُ الْوَطْءِ، وَلَكِنْ يُقَالُ لَهُ: طَلَقٌ، فَإِنْ وَطِئَ مَعَ التَّحْرِيمِ، أُنْذِفَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَكْتَفِي هَهُنَا بِفَيْتَةِ اللِّسَانِ إِلَى زَوَالِ الْمَانِعِ؛ إِذْ لَا وَجْهَ لِلِإِزْهَاقِ إِلَى الطَّلَاقِ.

(الْحُكْمُ الثَّلَاثُ:): فِيمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ، وَهُوَ الْوَطْءُ أَوْ الطَّلَاقُ، فَإِنْ أَبَى، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَاضِيَ (زح) يُطْلَقُ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُحْبَسُ (ح م)؛ حَتَّى يُطْلَقَ.

فَإِنْ اسْتَمَهَلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَأَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ يُمَهَّلُ^(٢)، فَلَعَلَّهُ يُنْتَظَرُ نَشَاطًا وَقُوَّةً، فَإِنْ أَمْهَلَ الْقَاضِي، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ تَمَامِ الْمُهْلَةِ، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لَا كَقَتْلِ الْمُرْتَدِّ قَبْلَ تَمَامِ الْمُدَّةِ، فَإِنَّهُ هَدْرٌ، وَلَوْ غَابَ الزَّوْجُ إِلَى مَسَافَةٍ لَا تُقْطَعُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلَوْ كَيْلَهَا أَنْ يَطَالِبَهُ عِنْدَ الْقَاضِي؛ إِمَّا بِالطَّلَاقِ، أَوِ الرُّجُوعِ إِلَيْهَا، فَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ؛ حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِمْكَانِ، فَقَالَ: الْآنَ أَرْجِعُ، لَمْ يُمَكَّنْ، وَلِلْقَاضِي

(١) قال الرافعي: «لكن لو طرات ثم زالت لم تستأنف المدة، بل تبني على الماضي في أظهر الوجهين» الأصح عند الجمهور الاستئناف. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن استمهله ثلاثة أيام فأصح الوجهين أنه يمهل» قيل: هما قولان. [ت]

أَنْ يُطَلَّقَ، وَلَوْ أَدْعَى بَعْدَ الْمُدَّةِ عُنَّةً، لَمْ يُطَلَّقْ، وَضَرَبْنَا مُدَّةَ الْعُنَّةِ، فَلَعَلَّهُ يَقْدِرُ؛ فَيَطَأَ.

(الحُكْمُ الرَّابِعُ: فِيمَا بِهِ الْفَيْئَةُ)، وَهُوَ تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ؛ فَلَا يَخْصُلُ بِنُزُولِهَا عَلَيْهِ^(١)، وَيَخْصُلُ بِوُطْئِهِ مُكْرَهًا، إِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ بِهِ الْكَفَّارَةُ، أَوْ قُلْنَا: يَنْحَلُّ بِهِ الْيَمِينُ، وَإِلَّا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الطَّلَبَ لَا يَنْقَطِعُ^(٢)، وَلَوْ جُنَّ، فَوُطِئَ فَالْنَّصُّ أَنَّهُ يَنْحَلُّ يَمِينُهُ، وَلَا كَفَّارَةُ^(٣)، فَيَنْقَطِعُ الْإِبْلَاءُ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرِّجٌ مِنَ النَّاسِي، فَيَكُونُ تَفْصِيلُهُ كَتَفْصِيلِ الْمُكْرَهِ، وَإِذَا جُنَّ الرَّجُلُ، لَمْ تَنْقَطِعِ الْمُدَّةُ^(٤) وَلَكِنْ لَا يُطَالَبُ قَبْلَ الْإِفَاقَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَمْتِنَاعُهُ لِأَجْلِ الْيَمِينِ.

وَلَوْ قَالَ الرَّجُلُ: وَطِئْتُ قَبْلَ الْمُدَّةِ، فَأَنْكَرْتُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ^(٥)؛ كَمَا فِي الْعُنَّةِ؛ عَلَى خِلَافِ قِيَاسِ الْخُصُومَاتِ، فَلَوْ طَلَّقَهَا وَأَرَادَ الرَّجْعَةَ بِدَعْوَى الْوُطْءِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، لَمْ يُمَكَّنْ، وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا فِي نَفْيِ الْعِدَّةِ وَالْوُطْءِ؛ عَلَى قِيَاسِ الْخُصُومَاتِ.

-
- (١) قال الرافعي: «ولا يحصل بنزولها عليه» هذا وجه، والأصح حصول العنة بنزولها عليه توجيهاً فإن أخذ صاحب الحق حقه كتسليم من عليه الحق. [ت]
- (٢) قال الرافعي: «ولا فالصحيح أن الطلب لا ينقطع» الذي رجحه غيره الانقطاع لوصولها إلى حقها، واندفاع الضرر. [ت]
- (٣) قال: «ولو جُنَّ فوطئ فالنص أنه ينحل يمينه، ولا كفارة» سكت الجمهور عن حكاية نصه على الانحلال، نعم نص على أنه يخرج عن الإبلاء، ولا يلزم من الخروج عن الإبلاء الانحلال، كما في نزولها عليه، [ت].
- (٤) قال الرافعي: «وإذا جن الرجل لم تنقطع المدة». مكرر مذكور في الحكم الأول قال: وكذلك مرضه وجسه وجنونه [ت].
- (٥) قال الرافعي: «ولو قال الرجل: وطئت قبل المدة فأنكرت، فالقول قوله»، الصورة المذكورة في فصل العنة حيث قال هناك: إلا في موضعين. أحدهما في مدة العنة [ت].

(كِتَابُ الظَّهَارِ^(١) وَفِيهِ بَابَانِ)

(الْأَوَّلُ فِي أَزْكَانِيهِ)، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

(الْأَوَّلُ): الْمُظَاهَرُ، وَالْمُظَاهَرُ عَنْهَا، وَكُلُّ مَنْ يَصِحُّ الطَّلَاقُ بَيْنَهُمَا يَصِحُّ الظَّهَارُ (ح م)، فَيَصِحُّ ظَهَارُ الذَّمِّي (ح)، وَالظَّهَارُ عَنِ الرَّجْعِيَّةِ، وَتَكُونُ (و) الرَّجْعَةُ عَوْدًا، وَيَصِحُّ ظَهَارُ الْمَجْبُوبِ، بِخِلَافِ الْإِيْلَاءِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ)، وَهُوَ قَوْلُهُ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، أَوْ كَأُمِّي، أَوْ مَعِي، أَوْ عِنْدِي، أَوْ مِنِّي كَظْهَرِ أُمِّي، وَالْكُلُّ صَرِيحٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَرَكَ الصَّلَاةَ، وَقَالَ: أَنْتِ كَظْهَرِ أُمِّي، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَلَمْ يَقُلْ: مِنِّي، أَمَّا لَوْ قَالَ: كَشَعْرِ أُمِّي، أَوْ يَدَيْهَا، أَوْ رِجْلَيْهَا، فَهُوَ ظَهَارُ (ح)؛ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَوْ قَالَ: كَعَيْنِ أُمِّي، وَرَوْحِهَا، أَوْ كَأُمِّي، وَأَرَادَ الْكَرَامَةَ، فَلَيْسَ بِظَهَارٍ، وَإِنْ قَصَدَ الظَّهَارَ (و)، فَظَهَارٌ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَوَجْهَانِ.

وَالرَّأْسُ كَالْعَيْنِ أَوْ كَالْيَدِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُذَكَّرُ لِلْكَرَامَةِ أَيْضًا، وَلَوْ قَالَ: يَدُكَ أَوْ نِصْفُكَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، فَهُوَ ظَهَارٌ؛ عَلَى الْجَدِيدِ (ح)، وَكَذَا الْإِيْلَاءُ، إِذَا أَضَافَهُ إِلَى بَعْضِهَا، أُنْعَقَدَ، وَكُلُّ مَا يَقْبَلُ التَّعْلِيلَ يُكْمَلُ بَعْضُهُ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الْمُشَبَّهُ بِهَا)، وَهِيَ الْأُمُّ وَيُقْتَصَرُ عَلَيْهَا؛ فِي الْقَوْلِ الْقَدِيمِ.
وَعَلَى قَوْلٍ آخَرَ، لَا يَلْحَقُ بِهَا إِلَّا الْجَدَاتُ.

(١) الظَّهَارُ لُغَةً: التَّظْهَرُ، وَالتَّظَاهَرُ: عبارة عن قول الرجل لامرأته: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، مُشْتَقٌّ مِنَ الظَّهَرِ، وَخَصُّوا الظَّهْرَ دُونَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الرُّكُوبِ، وَالْمَرْأَةُ مَرْكُوبَةٌ إِذَا غَشِيَتْ، فَكَانَ إِذَا قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، أَرَادَ: رُكُوبَكَ لِلنِّكَاحِ حَرَامٌ عَلَيَّ، كَرُكُوبِ أُمِّي لِلنِّكَاحِ، فَأَقَامَ الظَّهْرَ مَقَامَ الرُّكُوبِ؛ لِأَنَّهُ مَرْكُوبٌ، وَأَقَامَ الرُّكُوبَ مَقَامَ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ نَاكِحٌ رَاكِبٌ. وَهَذَا مِنْ اسْتِعَارَاتِ الْعَرَبِ فِي كَلَامِهَا.
يَنْظُرُ: تَاجُ الْعُرُوسِ: ٣/٣٧٣، الصَّحَاحُ: ٢/٧٣٠، الْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ: ٢/٥٩٠، الْمَغْرِبُ: ٢٩٩.
وَاصْطِلَاحًا:

عَرَفَهُ الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهُ: تَشْبِيهُ الْمُسْلِمِ زَوْجَتَهُ، أَوْ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا، بِمَحْرَمٍ عَلَيْهِ تَأْيِيدًا.
عَرَفَهُ الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهُ: تَشْبِيهُ الزَّوْجَةِ غَيْرِ الْبَائِنِ بِأُنْثَى لَمْ تَكُنْ حِلًّا.
عَرَفَهُ الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهُ: تَشْبِيهُ الْمُسْلِمِ الْمُكَلَّفِ مِنْ تَحُلٍّ أَوْ جِزَآهَا بِظَهَرِ مُحْرَمٍ أَوْ جِزْئِهِ.
عَرَفَهُ الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ: هُوَ أَنْ يُشَبَّهَ امْرَأَتُهُ أَوْ عُضْوًا مِنْهَا بِظَهَرٍ مِنْ تَحْرُمٍ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ، أَوْ بِهَا أَوْ بَعْضُ مِنْهَا.

انْظُرْ: حَاشِيَةُ ابْنِ عَابِدِينَ: ٢/٥٧٤، شَرْحُ فَتْحِ الْقَدِيرِ: ٤/٢٤٥، ٢٤٦ مَجْمَعُ الْأَنْهَرِ: ١/٤٤٦،
الْمَهْدَبُ: ٢/١٤٣ الْمَحَلِيُّ عَلَى الْمَنَهَاجِ: ٤/١٤، مَوَاهِبُ الْجَلِيلِ: ٤/١١١، الْخُرُشَى: ٤/١٠١، حَاشِيَةُ
الدُّسُوقِيِّ: ٢/٤٣٩، الْإِنْصَافُ: ٩/١٩٣، الْمَغْنِي: ٣/٢٥٥.

وَعَلَى قَوْلِ آخَرَ، يُلْحَقُ بِهَا كُلُّ مُحَرَّمَةٍ عَلَى التَّأْيِيدِ؛ بِنَسَبٍ، أَوْ رِضَاعٍ، أَوْ صِهْرٍ.

وَعَلَى قَوْلِ رَابِعٍ^(١)، لَا يُلْحَقُ الصُّهْرُ، وَلَا مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ عَاهَدَتْ مُحَلَّلَةً.

وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَأَجْنَبِيَّةٍ، لَمْ يَكُنْ ظَهَارًا؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ غَيْرُ مُؤَبَّدٍ، وَكَذَلِكَ الْمُلَاعَنَةُ، وَإِنْ تَأَبَّدَ تَحْرِيمُهَا، فَلَيْسَتْ كَالْأُمِّ؛ إِذْ لَا مَحْرَمِيَّةَ، أَمَّا قَوْلُهُ: أَنْتِ كَظَهْرِ أَبِي، فَهُوَ لَاحِظٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مُحَلَّلًا لِلِاسْتِحْلَالِ.

وَيَقْبَلُ الظَّهَارُ التَّغْلِيْقَ؛ فَلَوْ قَالَ: إِذَا ظَاهَرْتُ مِنْ فُلَانَةٍ الْأَجْنَبِيَّةِ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، صَحَّ، فَإِذَا نَكَحَ الْأَجْنَبِيَّةَ، وَظَاهَرَ عَنْهَا، حَنْتَ (و)، وَإِنْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْتُ عَنْهَا، وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ، فَهُوَ لَغَوٌّ (و)، وَهُوَ كَقَوْلِهِ: إِنْ بَعَثَ الْحَمْرُ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُتَّصِرٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي، وَأَرَادَ التَّأْكِيدَ، لَمْ يَكُنْ ظَهَارًا، وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ بِآخِرِ كَلَامِهِ، نَقَذَ إِنْ كَانَ رَجْعِيًّا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ حَرَامٌ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، وَأَرَادَ مُجَرَّدَ الطَّلَاقِ، أَوْ مُجَرَّدَ الظَّهَارِ، كَانَ كَمَا نَوَيْ، وَلَوْ نَوَاهُمَا جَمِيعًا، فَلَا سَبِيلَ إِلَى الْجَمْعِ، فَيُعْلَبُ الطَّلَاقُ لِقَوْتِهِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَيُعْلَبُ الظَّهَارُ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ صَرِيحٌ؛ عَلَى وَجْهِ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَخْتَارَ أَحَدُهُمَا؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَذْتُ الطَّلَاقَ بِالْحَرَامِ، وَالظَّهَارَ بِآخِرِ الْكَلَامِ، كَانَ كَمَا نَوَيْ!، وَلَوْ عَكَسَ ذَلِكَ، لَمْ يَخْصُلِ الطَّلَاقُ بِلَفْظِ الظَّهَارِ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ، وَيَخْصُلُ الظَّهَارُ، وَلَوْ قَالَ: لَمْ أَقْصِدْ إِلَّا تَحْرِيمَ عَيْنِهَا، لَمْ تَحْرُمَ عَلَيْهِ^(٢)، وَيَلْزَمُهُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي حُكْمِ الظَّهَارِ، وَلَهُ حُكْمَانِ:)

(أَحَدُهُمَا) أَنَّهُ يُحْرَمُ الْجَمَاعُ عِنْدَ الْعَوْدِ تَحْرِيمًا مَمْدُودًا إِلَى التَّكْفِيرِ، سَوَاءً كَانَتْ الْكَفَّارَةُ بِالْإِطْعَامِ [ح]^(٣)، أَوْ بغيره، وَهَلْ يَحْرُمُ اللَّمَسُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٤):

(أَحَدُهُمَا): نَعَمْ؛ كَمَا تَحْرُمُ الرَّجْعِيَّةُ، وَالْمُحَرَّمَةُ، وَالْمُعْتَدَّةُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ، وَالْمُسْتَبْرَأَةُ بِمِلْكِ الْيَمِينِ.

(وَالثَّانِي): لَا؛ كَمَا تَحْرُمُ الْحَائِضُ وَالصَّائِمَةُ.

وَعَلَى هَذَا، هَلْ يَحْرُمُ الْأَسْتِمْتَاعُ بِمَا تَحْتَ الشَّرَّةِ وَفَوْقَ الرُّكْبَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، كَمَا فِي الْحَائِضِ.

(الثَّانِي) وَجُوبُ الْكَفَّارَةِ بِالْعَوْدِ، وَالْعَوْدُ هُوَ إِمْسَاكُهَا عَقِيبَ الظَّهَارِ، وَلَوْ لَحْظَةً، وَذَلِكَ بِأَلَّا يَنْقَطِعَ نِكَاحُهَا، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا، أَوْ جُنَّ الزَّوْجُ، أَوْ قَطَعَ بِطَّلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَجْعِيٍّ مِنْ غَيْرِ رَجْعَةٍ، أَوْ

(١) قال الرافعي: «وعلى قول: يلحق بها كل محرمة على التأييد بنسب أو رضاع وعلى قول رابع إلى آخره وقيل: الخلاف في التشبيه بالمحرمات بالرضاع والمصاهرة وجه لا قول. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: لم أقصد إلا تحريم عينا لم تحرم عليه لا حاجة إلى قوله: لم يحرم ههنا، وقد سبق ذلك في الطلاق. [ت]

(٣) سقط من أ.

(٤) قال الرافعي: «وهل يحرم اللبس فيه قولان» قيل: هما وجهان. [ت]

بِشَرَائِهَا (و)، وَهِيَ رَقِيقَةٌ، أَوْ بِاللَّعَانِ عَنْهَا عَقِيبُهُ، أَوْ بِالْبِدَارِ إِلَى فِعْلِهِ، كَانَ قَدْ عَلَقَ عَلَيْهِ الطَّلَاقَ مِنْ قَبْلُ، فَلَيْسَ بِعَائِدٍ، وَلَا كَفَّارَةً، وَالْأَشْتِعَالُ بِأَسْبَابِ الشَّرَاءِ، أَوْ رَفْعِ الْأَمْرِ إِلَى الْقَاضِي فِي اللَّعَانِ، هَلْ يَرْفَعُ الْعَوْدَ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ طَلَّقَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، ثُمَّ رَاجَعَ، فَعَيْنُ الرُّجْعَةِ عَوْدٌ (و).

وَلَوْ أَزْدَدَ، فَعَيْنُ الْإِسْلَامَ لَيْسَ بِعَوْدٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَبَانَهَا، ثُمَّ جَدَّدَ النِّكَاحَ، لَمْ يَكُنْ عَائِدًا، وَإِنْ قُلْنَا بِعَوْدِ الْحِنْثِ، مَهْمَا طَلَّقَ عَقِيبَ النِّكَاحِ وَالْإِسْلَامَ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ؛ أَنَّهُ كَالرُّجْعَةِ، وَلَوْ عَلَقَ الظَّهَارَ بِفِعْلٍ غَيْرِهِ، فَفَعَلَ، وَلَمْ يَعْرِفْ، لَا يَصِيرُ عَائِدًا حَتَّى يَعْرِفَ، وَلَا يُطَلَّقَ عَقِيبُهُ، وَإِنْ عَلَقَ بِفِعْلٍ نَفْسِهِ، فَفَعَلَ، وَلَمْ يُطَلَّقْ، كَانَ عَائِدًا، وَإِنْ كَانَ قَدْ نَسِيَ الظَّهَارَ؛ لَأَنَّهُ غَيْرُ مَعْدُورٍ فِي نِسْيَانِ الظَّهَارِ، وَمَهْمَا عَادَ، وَلَزِمَتِ الْكَفَّارَةُ، لَمْ يَسْقُطْ بِالطَّلَاقِ الْمُبَيَّنِّ بَعْدَهُ، وَلَوْ جَدَّدَ النِّكَاحَ، كَانَ التَّخْرِيمُ مُسْتَمِرًّا، وَإِنْ لَمْ تَقْضِ بِعَوْدِ الْحِنْثِ؛ لِأَنَّ التَّخْرِيمَ قَدْ سَبَقَ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا، فَفِي تَخْرِيمِهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ خِلَافٌ (و).

فُرُوعُ: (الْأَوَّلُ): لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، قِيلَ: (وَح) إِنَّهُ يَلْغُو النَّاقِتُ^(١).

وَقِيلَ: يَصِحُّ مُؤَبَّدًا (م) كَالطَّلَاقِ.

وَقِيلَ: يَصِحُّ مُوقَّتًا، وَهُوَ الْأَصَحُّ، ثُمَّ لَا يَكُونُ عَائِدًا بِمُجَرَّدِ الْإِمْسَاكِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَظِرُ جِلًّا بَعْدَ الْمُدَّةِ، وَلَكِنْ بِالْوَطْءِ قَبْلَ خَمْسَةِ أَشْهُرٍ يَصِيرُ عَائِدًا، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ الْوَطْءُ، فَإِنْ وَطِئَ، فَعَلَيْهِ التَّرْغُ عَقِيبُهُ.

وَقِيلَ بِالْوَطْءِ يَتَبَيَّنُ الْعَوْدُ عَقِيبَ الظَّهَارِ؛ فَيَكُونُ الْوَطْءُ الْأَوَّلُ أَيْضًا حَرَامًا.

(الثَّانِي): لَوْ قَالَ لِأَزْبِعَ نِسْوَةً: أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، فَإِنْ أَمْسَكَ الْكُلَّ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ؛ فِي قَوْلٍ، وَأَزْبِعَ كَفَّارَاتٍ، فِي قَوْلٍ، فَإِنْ قُلْنَا: كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ طَلَّقَ ثَلَاثًا، لَزِمَتْهُ (و) الْكَفَّارَةُ لِإِمْسَاكِ الرَّابِعَةِ، وَلَوْ ظَاهَرَ عَنْهُنَّ بِأَزْبِعَ كَلِمَاتٍ عَلَى التَّوَالِي، صَارَ عَائِدًا إِلَى الثَّلَاثِ فَعَلَيْهِ ثَلَاثُ كَفَّارَاتٍ، إِنْ طَلَّقَ الْأَخِيرَةَ عَلَى الْإِثْصَالِ، وَإِلَّا فَأَزْبِعَ كَفَّارَاتٍ، وَلَوْ كَرَّرَ لَفَطَ الظَّهَارِ عَلَى وَاحِدَةٍ، وَأَرَادَ التَّأْكِيدَ، لَمْ يَكُنْ عَائِدًا بِأَشْتِعَالِهِ بِلَفْظِ التَّأْكِيدِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ^(٢)، وَإِنْ قَصَدَ تَكْرِيرَ الظَّهَارِ، كَانَ أَوَّلَى بِأَنْ يَكُونَ عَائِدًا، ثُمَّ فِي تَعَدُّدِ الْكَفَّارَةِ مَعَ اتِّحَادِ الْمَحَلِّ خِلَافٌ، فَإِنْ لَمْ تُعَدَّدْ، فَلَا فَائِدَةٌ لِلثَّانِي، وَإِنْ عُدَّدَتْ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ، إِنْ لَمْ يُطَلَّقَ عَقِيبَ الثَّانِي.

وَلَوْ كَرَّرَ الظَّهَارَ بَعْدَ تَخَلُّلِ فَصْلٍ، وَقَالَ: أَرَدْتُ التَّأْكِيدَ، قِيلَ: عَلَى الْأَظْهَرِ (و)؛ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ؛ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ.

(الثَّالِثُ): إِذَا قَالَ: إِنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ عَلَيْكَ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، فَإِنَّمَا يَصِيرُ مُظَاهِرًا عِنْدَ الْيَأْسِ

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت علي كظهر أمي خمسة أشهر قيل: إنه يلغو الناقيت إلى آخره» هذه أقوال.

[ت]

(٢) قال الرافعي: لو كرر الظهار بعد تخلل فصل، وقال: أردت التأکید قيل على الأظهر إنه لا يقبل، لأن

الظاهر أنه يصير منشأ كالطلاق. [ت]

(و) وَذَلِكَ بِالْمَوْتِ، فَإِنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ قُبِيلَ الْمَوْتِ صَارَ مُظَاهِراً عَائِداً؛ فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ.

وَقِيلَ: صَارَ مُظَاهِراً لَا عَائِداً^(١)؛ لِأَنَّهُ مَاتَ عَقِيبَ صَيْرُورَتِهِ مُظَاهِراً.

وَأِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، ثُمَّ أَعْتَقَ عَنِ الطَّهَارِ قَبْلَ الدُّخُولِ، لَمْ يُجْزِهِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَوَاللَّهِ، لَا أَكَلِّمُكَ، ثُمَّ أَعْتَقَ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَقِيلَ: يُجْزَى؛ لِأَنَّ التَّغْلِيْقَ أَحَدُ الْأَسْبَابِ.

(١) قال الرافي: «فإنه عند ذلك تبين أنه قبل الموت صار مظاهراً عائداً، فعليه الكفارة وقيل: صار مظاهراً لا عائداً» السياق يُشعرُ بترجيح الوجه الأول، والأظهر الثاني. [ت]

(كِتَابُ الْكَفَّارَاتِ، وَهِيَ ثَلَاثُ خِصَالٍ):

(الأولى: العتقُ)، وَلَا يُجْزَى فِي الظَّهَارِ إِلَّا رَقَبَةٌ مُؤَمَّنَةٌ، (ح) سَلِيمَةٌ كَامِلَةُ الرَّقْ، خَالِيَةٌ عَنْ شَوْبِ الْعَوَضِ، وَتَجِبُ النِّيَّةُ فِي الْكَفَّارَةِ، وَلَا يَجِبُ (ح) تَغْيِينُ الْجِهَاتِ، وَيَصْحُ الْإِغْتَاقُ (ح)، وَالْإِطْعَامُ مِنَ الذَّمِّيِّ بِغَيْرِ نِيَّةٍ؛ تَغْلِيْبًا لِحِجَةِ الْغَرَامَاتِ، وَلَا يَصْحُ الصَّوْمُ؛ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ مُحَضَّةٌ، وَإِنْ أَخْطَأَ فِي تَغْيِينِ الْجِهَةِ، فَعَلَيْهِ إِعَادَةُ الْكَفَّارَةِ، وَلَا نَغْيِي بِالسَّلِيمَةِ السَّلَامَةِ عَنْ الْعُيُوبِ الْقَادِحَةِ فِي الْمَالِيَّةِ، بَلْ مَا يُؤْثِرُ فِي الْعَجْزِ عَنِ الْعَمَلِ تَأْثِيرًا ظَاهِرًا، فَلَا يُجْزَى الزَّمْنُ، وَالْأَقْطَعُ (ح)، وَالْأَعْمَى، وَالْمَجْنُونُ، وَالْهَرَمُ [و^(١)] الْعَاجِزُ، وَالْمَرِيضُ الَّذِي لَا يُرْجَى زَوَالُهُ، فَإِنْ زَالَ، هَلْ يَتَبَيَّنُ وَقُوعُهُ مَوْقَعَهُ؟ فِيهِ خِلَافٌ وَيُجْزَى الْأَقْرَعُ، وَالْأَعْرَجُ، وَالْأَعْوَرُ، وَالْأَصَمُّ (ح)، وَالْأَخْرَسُ (و) ح^(٢) الَّذِي يَفْهَمُ الْإِشَارَةَ، وَمَقْطُوعُ أَصَابِعِ الرَّجْلِ (ح)، وَمَقْطُوعُ أَنْمَلَةٍ وَاحِدَةٍ مِنَ الْيَدِ، لَا مِنَ الْإِبْهَامِ، وَمَقْطُوعُ الْخَنَصِرِ أَوْ الْبَنْصِرِ، دُونَ مَقْطُوعِهِمَا جَمِيعًا مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ، وَدُونَ مَقْطُوعِ الْإِبْهَامِ وَالْوُسْطَى، أَوْ الْمُسَبَّحَةِ، وَيُجْزَى الْمَرِيضُ الَّذِي يُرْجَى زَوَالُ مَرَضِهِ، فَإِنْ مَاتَ، فَقَبِي لَزُومِ الْإِعَادَةِ خِلَافٌ، وَيُجْزَى الصَّغِيرُ، وَلَا يُجْزَى الْجَنِينُ.

(وَأَمَّا) كَمَالُ الرَّقْ، فَاحْتَرَزْنَا بِهِ عَنِ الْمُسْتَوْلَدَةِ وَالْمُكَاتَبَةِ (ح) كِتَابَةً صَحِيحَةً؛ فَإِنَّهُمَا لَا يُجْزَيَانِ، وَالْمُكَاتَبَةُ كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ تُجْزَى (و)، وَعَنْقُ الْمَرْهُونِ وَالْجَانِي يُجْزَى، إِنْ نَقَذْنَاهُ، وَيُجْزَى نِصْفَانِ مِنْ عَبْدٍ وَاحِدٍ فِي دَفْعَتَيْنِ، وَهَلْ يُجْزَى نِصْفَا عَبْدَيْنِ؟ فِيهِ خِلَافٌ وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ، وَقَالَ: عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفٌ مِنْ كُلِّ عَبْدٍ (و)، أَجْزَاهُ، وَلَوْ أَعْتَقَ الْمُسْرُ نِصْفًا مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ، وَتَوَى صَرْفَ الْكُلِّ إِلَى الْكَفَّارَةِ، أَنْصَرَفَ إِنْ قُلْنَا: يَتَنَجَّرُ الْعَنْقُ، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّوَقُّفِ إِلَى الْأَدَاءِ، وَتَوَى عِنْدَ الْأَدَاءِ النِّصْفَ الْأَخِيرَ، أَجْزَاهُ (و)، وَإِنْ تَوَى النُّصْفَيْنِ عِنْدَ اللَّفْظِ دُونَ الْأَدَاءِ، لَمْ يُجْزِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْعَبْدُ الْغَائِبُ الْمُتَقَطِّعُ الْخَبَرِ لَا يُجْزَى؛ عَلَى الْقَوْلِ الْمَنْصُوصِ، وَإِنْ وَجَبَ إِخْرَاجُ الْفِطْرَةِ عَنْهُ، وَفِيهِمَا قَوْلٌ مُحَرَّجٌ، وَالْعَبْدُ الْمَغْضُوبُ يُجْزَى (و).

(وَأَمَّا) قَوْلُنَا: «خَالَ عَنِ شَوَائِبِ الْعَوَضِ»: أَرَدْنَا بِهِ؛ أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ عَلَى أَنْ يَرُدَّ دِينَارًا، عَتَقَ (و)، عَنِ الْكَفَّارَةِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنْ كَفَّارَتِكَ، وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فَأَعْتَقَ، لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَى الْكَفَّارَةِ، وَعَتَقَ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الْأَلْفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَا لِيَمَاسِ الْعَنْقِ صُورٌ.

فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ مُسْتَوْلَدَتَكَ عَلَى أَلْفٍ، فَأَعْتَقَ، اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ، وَهُوَ فِدَاءٌ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ فِي الْعَبْدِ الْفَقِيرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ مُسْتَوْلَدَتَكَ عَنِّي عَلَى أَلْفٍ، فَأَعْتَقَ عَنْهُ، نَقَذَ عَنِ الْمَالِكِ،

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ط.

وَلَمْ يَسْتَحِقَّ الْعَوَضَ (و)، وَلَوْ قَالَ: أَغْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي مَجَانًّا فَأَعْتَقَ، نَفَذَ (ح) وَلَا عَوَضَ، وَلَوْ شَرَطَ عَوَضًا، أَسْتَحَقَّ، وَلَوْ أَطْلَقَ، فَهَلْ يَقْتَضِي الْعَوَضُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فَأَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي بِالْفِ، فَأَعْتَقَ فِي الْغَدِ، نَفَذَ، وَأَسْتَحَقَّ، وَإِنْ قَالَ: عَبْدِي عَنْكَ حُرٌّ بِالْفِ، إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فَقَالَ: قَبِلْتُ، فَهَذَا كَتَغْلِيْقِ الْخُلْعِ، وَقَدْ سَبَقَ، وَلَوْ قَالَ: أَغْتَقَهُ عَنِّي عَلَى خَمْرِ أَوْ مَغْصُوبٍ، نَفَذَ وَرَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الْمِثْلِ، وَلَمْ يَضُرَّ فَسَادُ الْعَوَضِ؛ كَمَا فِي الْخُلْعِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ، وَإِنْ تَرَتَّبَ عَلَى مِلْكِ الْمُسْتَدْعَى، فَهُوَ مِلْكٌ ضَمِنِيٌّ لَا يَسْتَدْعِي الشَّرَائِطَ؛ وَكَذَلِكَ لَا يَسْتَدْعِي الْقَبْضَ فِي الْإِعْتَاقِ عَنْهُ مَجَانًّا، وَيَخْصُلُ الْمِلْكُ عَقِيبَ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ وَالْعِتْقِ مُرْتَبًا عَلَيْهِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوُجُوهِ.

وَقِيلَ: يَخْصُلُ الْمِلْكُ قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنْ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ، وَهُوَ بَعِيدٌ.

(الْخُصْلَةُ الثَّانِيَّةُ: الصِّيَامُ)، وَيَجُوزُ الْعُدُولُ إِلَيْهِ لِمَنْ يَتَعَسَّرُ عَلَيْهِ الْعِتْقُ، فَإِنْ مَلَكَ عَبْدًا وَهُوَ مُخْتَاجٌ إِلَى خِدْمَتِهِ؛ لِمَرَضِهِ، أَوْ لِمَنْصِبِهِ (ح) الَّذِي يَأْتِي مُبَاشَرَةً الْأَعْمَالِ، فَلَهُ (ح) الصَّوْمُ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَلَكَ دَارًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي اتِّسَاعِ حُطَّتِهَا زِيَادَةٌ يُسْتَغْنَى عَنْهَا، وَلَوْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ نَفِيسَةً، أَوْ عَبْدٌ نَفِيسٌ، أَلِفَ خِدْمَتَهُ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْبَيْعُ (ح م) ^(١) وَعَلَى هَذَا لَا يَبْعُدُ إِلَّا يَكْلَفُ بَيْعَ رَأْسِ مَالِهِ، وَضَيْعَتِهِ الَّتِي تَلْحَقُهُ بِالْمَسْكِينِ الَّذِي يَأْخُذُ الصَّدَقَةَ ^(٢) وَالْمَالُ الْغَائِبُ لَا يُجُوزُ الْعُدُولُ إِلَى الصَّوْمِ، لِأَنَّ الْكُفَّارَةَ عَلَى التَّرَاخِي، وَيُمْكِنُ أَدَاؤُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَالْأَعْيَارُ فِي الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ بَوَقْتِ الْوُجُوبِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَبَوَقْتِ الْأَدَاءِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَيُعْتَبَرُ أَغْلَظُ (ح) الْحَالَيْنِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَإِذَا أَعْتَبَرْنَا وَقْتِ الْوُجُوبِ، فَأَيَّسَرَ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الصَّوْمِ، لَمْ يَلْزَمُهُ الْعِتْقُ (و ح)، وَلَوْ تَكَلَّفَ الْمُعْسِرُ الْإِعْتَاقَ، جَازَ، عَلَى قَوْلٍ.

وَالْعَبْدُ إِذَا عَتَقَ، فَأَيَّسَرَ قَبْلَ الصَّوْمِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ الْإِعْتَاقُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ ^(٣)، فَلَا يَتَصَوَّرُ مِنْهُ الْإِعْتَاقُ وَالْإِطْعَامُ، وَلَا يَصُومُ الْعَبْدُ إِلَّا بِرِضَا السَّيِّدِ، إِلَّا إِذَا كَانَ قَدْ حَلَفَ، وَحَنَثَ بِإِذْنِهِ، وَإِنْ حَلَفَ بِإِذْنِهِ، وَحَنَثَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَسْتَقِلَّ بِالصَّوْمِ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ، فَوَجْهَانِ.

وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، فَهُوَ كَالْأَحْرَارِ ^(٤) (ح).

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وَضَيْعَتُهُ الَّتِي تَلْحَقُهُ بِالْمَسْكِينِ الَّذِي يَأْخُذُ الصَّدَقَةَ» قَوْلُهُ: «الَّذِي يَأْخُذُ الصَّدَقَةَ» لِلإِبْضَاحِ وَفِي لَفْظِ «الْمَسْكِينِ» غِنَى عَنْهُ. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ عَلَى الْجَدِيدِ» مَذْكُورٌ فِي مَدَايِنِ الْعَبِيدِ، وَأَعَادَهُ هُنَا لِيَبِينُ أَنَّهُ لَا يَتَصَوَّرُ مِنْهُ التَّكْفِيرُ بِالْإِعْتَاقِ وَالْإِطْعَامِ تَفْرِيعًا عَلَيْهِ. [ت]

(٤) قال الرافعي: وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ فَهُوَ كَالْأَحْرَارِ فِي الْكُفَّارَةِ وَهُوَ مُعَادٌ فِي كِتَابِ الْإِيمَانِ. [ت]

وَأَمَّا حُكْمُ الصَّوْمِ، فَهُوَ أَنَّهُ تَجِبُ فِيهِ نِيَّةُ الْكَفَّارَةِ بِاللَّيْلِ، وَلَا يَجِبُ (ح) تَعْيِينُ جِهَةِ الْكَفَّارَةِ، وَهَلْ تَجِبُ نِيَّةُ التَّائِبِ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و).

وَإِذَا مَاتَ، لَمْ يَصُمْ عَنْهُ وَلِئِهِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ^(١)، وَيَصُومُ شَهْرَيْنِ بِالْأَهْلَةِ، فَإِنْ أَنْكَسَرَ الشَّهْرُ الْأَوَّلُ، صَامَ أَحَدَ الشَّهْرَيْنِ بِالْهَلَالِ (ح)، وَتَمَّمَ الْمُتَكَسِّرَ ثَلَاثِينَ، وَلَا يَنْقَطِعُ (ح) التَّائِبُ بِوَطْءِ الْمُظَاهِرِ لَيْلًا، وَلَكِنْ يَغْصِي، وَيَنْقَطِعُ بِإِفْسَادِهِ يَوْمًا، وَلَوْ كَانَ الْيَوْمُ الْآخِرَ، فَيَجِبُ الِاسْتِثْنَاءُ.

وَالْحَيْضُ لَا يَقْطَعُ التَّائِبَ، وَفِي الْمَرَضِ قَوْلَانِ، وَفِي السَّفَرِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَقْطَعَ، وَنِسْيَانُ النِّيَّةِ يَقْطَعُ التَّائِبَ، وَلَوْ أَفْطَرْتَ عَلَى عَزْمٍ أَنْ تَسْتَأْنِفَ بَعْدَ زَوَالِ الْحَيْضِ الَّذِي لَا يَقْطَعُ التَّائِبَ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لَا يُغْصَى بِإِسْقَاطِ وَضْفِ الْفَرِيضَةِ مِنَ الصَّوْمِ السَّابِقِ.

(الْمَخْضَلَةُ الثَّلَاثَةُ: الْإِطْعَامُ)، وَهُوَ سِتُّونَ مَدًّا (ح)، فِي كَفَّارَةِ الظَّهَارِ، وَالْقَتْلِ (و)، وَالْوُقَاعِ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ، بَدَلًا عَنْ صَوْمِ سِتِّينَ يَوْمًا، وَيُضْرَفُ إِلَى سِتِّينَ مِسْكِينًا، وَلَا يَكْفِي (ح) الصَّرْفُ إِلَى مِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي سِتِّينَ يَوْمًا، وَجِنْسُهُ كَجِنْسِ زَكَاةِ الْفِطْرِ، وَيَجِبُ فِيهِ التَّمْلِيكُ، وَلَا يُجْزَى التَّغْدِيَةُ (ح) وَالتَّغْشِيَةُ، وَلَا يُعْدَلُ إِلَيْهِ إِلَّا بِعَذْرِ الْهَرَمِ أَوْ الْمَرَضِ الَّذِي يَدُومُ شَهْرَيْنِ (و)^(٢) وَأَمَّا السَّبْقُ (و)، فَلَا يَرْخُصُ فِي تَرْكِ الصَّوْمِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ^(٣).

(١) قال الرافعي: «وإذا مات لم يصم عنه وليه على الجديد» هذا قد سبق مرة في الصوم، وأخرى في الوصية.

[ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يعدل إليه إلا بعذر الهرم أو المرض الذي يدوم شهرين» قضية كلام الأكثرين أنه لا

يجوز الإطعام بمثل هذا المرض، بل يعتبر أن يكون لا يرجى زواله. [ت]

(٣) قال الرافعي «وأما السبق فلا يرخص في ترك الصوم على الأظهر»، الأظهر عند الأكثرين خلافه. [ت]

(كِتَابُ اللَّعَانِ)^(١)

(وَالنَّظَرُ فِي الْقَذْفِ، ثُمَّ اللَّعَانِ، وَفِي الْقَذْفِ بَابَانِ):

(الْأَوَّلُ: فِي أَلْفَاظِ الْقَذْفِ، وَمُوجِبِهَا، وَفِيهِ فَصْلَانِ):

(الْأَوَّلُ فِي الْأَلْفَاظِ): وَصَرِيحُهَا أَنْ يَقُولَ: زَنَيْتَ أَوْ يَا زَانِي، وَكَذَلِكَ لَفْظُ التَّيَكِّ وَإِبْلَاجِ الْحَشْفَةِ، وَالْكِنَايَةُ كَقَوْلِهِ لِلْفَرَسِيِّ: يَا نَبْطِي، فَإِنْ أَرَادَ الزَّانَا، فَهُوَ قَذْفٌ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْلِفَ كَاذِبًا عَلَى إِخْفَاءِ نَيْتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَخْلِفْ، فَلَهُ أَلَّا يُقَرَّ بِالنَّيَّةِ؛ حَتَّى لَا يُؤْذِيَ الْمَقْدُوفُ^(٢)، وَلَكِنَّ الْحَدَّ يَجِبُ عَلَيْهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَجِبَ الْأَعِزَّافُ؛ لِتَوْفِيَةِ الْحَدِّ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: يَا ابْنَ الْحَلَالِ، وَأَمَّا أَنَا، فَلَسْتُ بِزَانٍ، فَهُوَ تَغْرِیضٌ (م) لَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَلَا صَرِيحٌ.

ثُمَّ فِيهِ مَسَائِلُ:

(إِحْدَاهَا): لَوْ قَالَ لَامْرَأَةٍ: زَنَيْتُ بِكَ، فَهَذَا إِفْرَازٌ وَقَذْفٌ، فَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: يَا زَانِيَّةً، فَقَالَتْ: زَنَيْتُ بِكَ، وَأَرَادَتْ زَنَا قَبْلَ النِّكَاحِ، فَعَلَيْهَا حَدُّ الزَّانَا وَحَدُّ الْقَذْفِ، وَسَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الزَّوْجِ، وَإِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ نَفِي الزَّانَا؛ لِأَنِّي لَمْ يُجَامِعْنِي غَيْرُهُ فِي النِّكَاحِ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَيَبْقَى حَدُّ الْقَذْفِ عَلَى الزَّوْجِ.

(الثَّانِيَّةُ): لَوْ قَالَ: يَا زَانِيَّةً، فَقَالَتْ أَنْتِ أَزْنَى مِنِّي، فَلَيْسَتْ قَاذِفَةً؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْتَرِفْ بِزَنَا نَفْسِهَا، وَإِنْ قَالَتْ: زَنَيْتُ وَأَنْتِ أَزْنَى مِنِّي، فَقَاذِفَةٌ وَمُقَرَّعةٌ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَنْتِ أَزْنَى النَّاسِ، لَمْ يَكُنْ قَاذِفًا، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ أَنْتِ أَزْنَى مِنْ فُلَانٍ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: زَنَى فُلَانٌ، وَأَنْتِ أَزْنَى مِنْهُ، أَوْ فِي النَّاسِ زُنَاةً، وَأَنْتِ أَزْنَى مِنْهُمْ، فَإِنْ كَانَ ثَبَتَ زَنَا فُلَانٍ بِالْبَيِّنَةِ، وَالْقَاذِفُ جَاهِلٌ بِهِ، فَهُوَ غَيْرُ قَاذِفٍ (و)، وَإِنْ كَانَ عَالِمًا، فَهُوَ قَاذِفٌ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ لِلرَّجُلِ: يَا زَانِيَّةً، فَهُوَ قَاذِفٌ (ح و)، وَكَذَا لِلْمَرْأَةِ يَا زَانِي، وَلَوْ قَالَ: زَنَأْتُ

(١) اللعان لغة مصدر لاعن لعانا: إذا فعل ما ذكر، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر. قال الأزهري: وأصل اللعن: الطرد، والإبعاد. يقال: لعنه الله، أي: باعده.

ينظر: لسان العرب ٤٠٤٤/٥، المصباح المنير ٧٦١/٢.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا من حقها.

(٢) قال الرافعي «فإن لم يحلف فله ألا يقر بالنية حتى لا يؤذي المقذوف... إلى آخره» الكلام يميل إلى أنه لا يجب عليه الإقرار والإظهار، والمحكي عن الأصحاب خلافه. [ت]

فِي الْجَبَلِ، وَأَرَادَ الرُّقِيَّ، فَلَيْسَ بِقَازِفٍ (ح)، وَلَوْ قَالَ: زَنَيْتَ فِي الْجَبَلِ، وَصَرَّحَ بِالْيَاءِ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الرُّقِيَّ، وَتَرَكْتُ الهمْزَ، قِيلَ؛ عَلَى وَجْهِهِ.

وَلَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَى وَجْهِهِ.

وَيُقَرَّرُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، بَيْنَ الْجَاهِلِ وَالْبَصِيرِ بِاللُّغَةِ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ قَالَ: زَنَيْتُ فَرْجَكَ، فَهُوَ قَذْفٌ، وَلَوْ قَالَ: زَنَيْتَ عَيْنَكَ وَيَدَكَ، فَلَيْسَ بِقَذْفٍ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ^(١).

(الخَامِسَةُ): لَوْ قَالَ لِوَلَدِهِ: لَسْتُ أَبْنِي، فَلَيْسَ بِقَازِفٍ، إِلَّا إِذَا نَوَى، وَالْأَجَنَبِيُّ لَوْ قَالَ ذَلِكَ، فَهُوَ قَازِفٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْسُنُ مِنْهُ قَضْدُ التَّأْدِيبِ بِذَلِكَ، وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالتَّقْلِيلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَالْأَفْسُ أَنَّهُ كِتَابِيَّةٌ، وَلَوْ قَالَ لِلْوَلَدِ الْمَنْفِيِّ بِاللَّعَانِ: لَسْتُ مِنَ الْمَلَاعِنِ، فَهُوَ قَازِفٌ، إِنْ أَرَادَ تَضْدِيقَ الرُّوْجِ الْمَلَاعِنِ، فَإِنْ أَرَادَ التَّنْفِيءَ الشَّرْعِيَّ، فَلَيْسَ بِقَازِفٍ، وَلَوْ قَالَ لِلْقُرَشِيِّ: لَسْتُ مِنْ قُرَيْشٍ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ أَنَّ وَاحِدَةً مِنْ أُمَّهَاتِهِ زَنَتْ، فَلَيْسَ بِقَازِفٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَيَّنْ، وَتَغْنِي بِالْقَذْفِ مُوجِبُ الْحَدِّ، أَمَّا التَّعْزِيرُ، فَيَجِبُ بِأَكْثَرِ هَذِهِ الْكَلِمَاتِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي مُوجِبِ الْقَذْفِ)، وَهُوَ التَّعْزِيرُ إِلَّا إِذَا قَذَفَ مُحْصَنًا، فَمُوجِبُهُ ثَمَانُونَ جَلْدَةً، وَهُوَ الْحَدُّ، وَالْمُحْصَنُ هُوَ الْمَكْلَفُ الْمُسْلِمُ الْحُرُّ الْعَقِيفُ عَنِ الزُّنَا، وَيَسْقُطُ إِخْصَانُ الزُّنَا بِكُلِّ وَطْءٍ مُوجِبٍ لِلْحَدِّ، أَمَّا الْحَرَامُ الَّذِي لَا يُوجِبُ الْحَدَّ؛ كَوَطْءِ الْمَمْلُوكَةِ الْمُحَرَّمَةِ بِالرِّضَاعِ، أَوْ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، أَوْ جَارِيَةِ الْإِبْنِ، أَوْ الْمَنْكُوحَةِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ مِنَ الشُّفْعَوِيِّ، فَيَسْقُطُ الْإِخْصَانُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

أَمَّا الْوَطْءُ بِالشَّبْهَةِ، وَالْوَطْءُ فِي الصَّبَا، لَا يُسْقِطُ (و) عَلَى الْأَظْهَرِ (و).

وَأَمَّا وَطْءُ الْحَائِضِ وَالْمُحْرِمِ وَالصَّائِمِ، فَلَا يُسْقِطُ، وَلَا يُسْقِطُ (و) بِالْقُبْلَةِ وَاللَّمْسِ (و) وَمُقَدِّمَاتِ الْوَطْءِ لِلزُّنَا، وَيُسْقِطُ (ز) بِالزُّنَا الطَّارِئِ (ز) بَعْدَ الْقَذْفِ، وَلَا يُسْقِطُ (ح) بِالرَّدَّةِ الطَّارِئَةِ، وَإِذَا سَقَطَ الْإِخْصَانُ بِالزُّنَا مَرَّةً، لَمْ يُعَدَّ بِالْعَدَالَةِ بَعْدَهُ، وَلَوْ عَجَزَ الْقَازِفُ عَنِ الْبَيِّنَةِ، كَانَ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ يَمِينَ الْمَقْدُوفِ؛ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَزِنْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(٢)، وَلَوْ مَاتَ الْمَقْدُوفُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْحَدِّ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ (ح)، لَكِنْ يَخْتَصُّ بِالْعَصَبَاتِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَبِالْعَصْبَةِ الَّتِي تُزَوِّجُ دُونَ الْإِبْنِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَعُمُّ كُلَّ قَرِيبٍ بِالنِّسَبِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيُوزَعُ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى؛ عَلَى وَجْهِهِ.

فَإِنْ عَقَا وَاحِدًا، سَقَطَ الْجَمِيعُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَبَقِيَ الْجَمِيعُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَسَقَطَ حِصَّتُهُ؛ عَلَى وَجْهِهِ.

(١) قال الرافي: «ولو قال: زَنَيْتَ عَيْنَكَ وَيَدَكَ فليس بقذف على أظهر الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

(٢) قال الرافي: «لو عجز القاذف عن البينة كان له أن يطلب يمين المقدوف على أنه لم يزن على أحد الوجهين» الأشهر أنهما قولان. [ت]

وَوَلِّيَ الْمَجْنُونِ الْمَقْدُوفِ قَبْلَ الْجُنُونِ لَا يَسْتَوْفِي حَدَّهُ إِلَى أَنْ يَمُوتَ، وَسَيِّدُ الْعَبْدِ لَا يَسْتَوْفِي التَّعْزِيرَ الْوَاجِبَ لِلْعَبْدِ فِي حَيَاتِهِ، وَيَسْتَوْفِيهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَيَسْتَحِقُّ الْعَبْدُ عَلَى السَّيِّدِ التَّعْزِيرَ، إِنْ قَذَفَهُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي قَذْفِ الْأَزْوَاجِ خَاصَّةً، وَفِيهِ فُصُولٌ: ^(١))

(الْأَوَّلُ: فِيمَا يُبِيحُ الْقَذْفَ، وَنَفْيَ النَّسَبِ)، فَنَقُولُ: الزَّوْجُ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي الْقَذْفِ، إِلَّا أَنَّهُ قَدْ يُبَاحُ لَهُ ذَلِكَ أَوَّلًا، وَقَدْ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَلَهُ دَفْعُ الْعُقُوبَةِ عَنْ نَفْسِهِ بِاللَّعَانِ، وَإِيجَابُ عَقُوبَةِ (ح) الزَّانَا عَلَى الْمَرْأَةِ، ثُمَّ لِلْمَرْأَةِ الدَّفْعُ بِلْعَانِهَا ^(٢).

وَيُبَاحُ لِلزَّوْجِ الْقَذْفُ، إِذَا اسْتَيْقَنَ أَنَّهَا زَانَتْ فِي نِكَاحِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ وَلَدَتْ؛ لِلتَّشْفِي؛ وَكَذَلِكَ لَوْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ؛ بِأَنْ اسْتِفَاضَ بَيْنَ النَّاسِ؛ أَنَّهَا زَانَتْ بِفُلَانٍ، وَأَنْضَمَّ إِلَيْهِ مَخِيلَةٌ؛ بِأَنْ رَأَاهَا مَعَهُ فِي خَلْوَةٍ، وَلَا يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِفَاضَةِ، وَلَا بِمُجَرَّدِ أَنْ يَرَاهَا مَرَّةً فِي خَلْوَةٍ إِلَّا أَنْ يَرَاهَا مَعَهُ تَحْتَ شِعَارٍ، أَوْ يَرَاهَا مَرَّاتٍ كَثِيرَةً.

أَمَّا نَفْيُ الْوَلَدِ بِاللَّعَانِ، إِنَّمَا يُبَاحُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، إِذَا تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ؛ وَعِنْدَ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَذْفُ وَاللَّعَانُ؛ حَتَّى لَا يَلْحَقَ بِهِ مَا لَيْسَ مِنْهُ، وَإِنَّمَا يَتَيَقَّنُ، إِذَا لَمْ يَطَّأَهَا، أَوْ أَتَتْ بِالْوَلَدِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْوِطْءِ، أَوْ لَاقِلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أَوْ وَطَّئَهَا (م)، وَعَزَلَ ^(٣)، فَإِنْ اسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ الْوِطْءِ بِخَيْضَةٍ، وَرَأَى مَعَ ذَلِكَ مَخِيلَةَ الزَّانَا، جَازَ (و)، وَإِنْ لَمْ يَرَ الْمَخِيلَةَ، لَمْ يَجْزُ، عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا يَجُوزُ النَّفْيُ بِمُجَرَّدِ مُشَابَهَةِ الْوَلَدِ لِغَيْرِهِ فِي الْخَلْقِ وَالْقُبْحِ، وَالْحُسْنِ، فَإِنْ كَانَ الْأَبْوَانُ فِي غَايَةِ الْبَيَاضِ، وَالْوَلَدُ فِي غَايَةِ السَّوَادِ، أَوْ بِالْعَكْسِ، وَأَنْضَمَّ إِلَيْهِ مَخِيلَةُ الزَّانَا، جَازَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِذَا نَكَحَ الْمَشْرِقِيُّ مَغْرِبِيَّةً، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى اللَّعَانِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ (ح)؛ إِذْ لَا إِمْكَانَ، وَلَوْ أَتَتْ بِالْوَلَدِ لِزَمَانِ الْأَمْكَانِ، وَلَكِنْ رَأَاهَا تَزْنِي، وَأَرَادَ اللَّعَانُ، دُونَ نَفْيِ الْوَلَدِ؛ بِمُجَرَّدِ الِاتِّقَامِ، لَمْ يَجْزُ؛ عَلَى الْمَشْهُورِ (و)؛ نَظَرًا لِلْوَلَدِ؛ حَتَّى لَا تَطُولَ فِيهِ الْأَلْسِنَةُ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي أَزْكَانِ اللَّعَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الثَّمَرَةُ، وَالْقَذْفُ، وَالْأَهْلُ، وَاللَّفْظُ:

(الْأَوَّلُ: الثَّمَرَةُ)، وَهِيَ نَفْيُ النَّسَبِ، وَقَطْعُ النِّكَاحِ، وَدَفْعُ الْعُقُوبَةِ، وَدَفْعُ عَارِ الْكُذْبِ.

(١) قال الرافعي: «الباب الثامن من قذف الأزواج خاصة وفيه فصول» الوجه وفيه فصلان: وذكر الفصل الثالث

بين الركن الثالث والرابع بعيد عن الانتظام، وحقه أن يطرح ويقال: فروع متفرقة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وله دفع العقوبة عن نفسه باللعان، وإيجاب عقوبة الزنا على المرأة ثم للمرأة الدفع بلعانها» هذه الأحكام معادة في فصل أركان اللعان، وفي جوامع أحكامه، والمقصود ههنا بيان مفارقة الزوج للأجنبي، وكأنه قال: ولا أن له دفع العقوبة عن نفسه. [ت]

(٣) قال الرافعي: «أو لأقل من ستة أشهر أو وطئها وعزل» الصحيح عند الأصحاب أنه لا يجوز النفي بالعزل؛ لأنه قد يسبق الماء إلى الرحم وهو لا يشعر به. [ت]

وَيَجُوزُ اللَّعَانُ بِمَجَرَّدِ نَفْيِ النَّسَبِ، وَإِنْ سَقَطَتِ الْعُقُوبَةُ بِعَفْوِهَا، وَيَجُوزُ لِمَجَرَّدِ إِسْقَاطِ الْعُقُوبَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، سَوَاءٌ كَانَ حَدًّا أَوْ تَعْزِيرًا (و)، إِلَّا تَعْزِيرَ (ح) التَّأْدِيبِ، وَهُوَ أَنْ يُؤْذِيَهَا بِالْقَذْفِ بِرْنَا اعْتَرَفَتْ بِهِ، أَوْ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ؛ فَإِنَّهُ لَا يُلَاعِنُ لِمَجَرَّدِ دَفْعِهِ؛ عَلَى أَسَدِ الْوَجْهَيْنِ^(١)؛ لِأَنَّهُ مُصَدِّقٌ؛ فَلَا مَعْنَى لِلْعَانِ، وَلَوْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ، وَلَا نَسَبٍ، فَلَا يَبْقَى غَرَضٌ إِلَّا لِقَاطِعِ النِّكَاحِ وَدَفْعِ عَارِ الْكَذِبِ وَالْإِنْتِقَامِ مِنْهَا، وَفِي جَوَازِ اللَّعَانِ لِمَجَرَّدِ هَذِهِ الْأَغْرَاضِ وَجْهَانِ، فَإِنْ سَكَتَتْ عَنْ طَلَبِ الْحَدِّ، وَمَا عَفَتْ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ، وَهَذَا خِلَافٌ فِي أَنَّ طَلَبَهَا، هَلْ يُشْتَرَطُ لِلْعَانِ؟.

فَإِنْ كَانَتْ مَجْنُونَةً، فَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ، وَمَهْمَا قَصَدَ نَفْيَ الْوَلَدِ، لَمْ يَتَوَقَّفِ اللَّعَانُ عَلَى طَلَبِهَا قَطْعًا، إِنَّمَا ذَلِكَ فِي لِعَانٍ لِمَجَرَّدِ دَفْعِ الْعُقُوبَةِ^(٢)، وَلَوْ قَالَ: زَنَى بِكِ مَمْسُوحٌ، أَوْ هِيَ رَنْقَاءٌ، فَلَا لِعَانَ؛ لِأَنَّهُ كَاذِبٌ قَطْعًا، وَيُعْزَرُ تَأْدِيبًا.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمُلَاعِنُ)، وَلَهُ شَرْطَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَهْلِيَّةُ الْيَمِينِ، فَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مُكَلَّفٍ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا (ح)، أَوْ ذِمِّيًّا (ح)؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ ذِمِّيَّةً (ح)، وَلَكِنَّهَا إِنْ لَمْ تَرْضَ بِحُكْمِنَا، لَا تُجْبَرُ عَلَى اللَّعَانِ؛ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهَا إِلَّا حَدُّ الزَّانَا، وَهُوَ لِلَّهِ تَعَالَى، نَعَمْ، لَوْ رَضِيَتْ هِيَ، وَأَمْتَنَعَ الزَّوْجُ الذِّمِّيُّ، فَبَيِّ إِجْبَارِهِ قَوْلَانِ؛ لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ ثَابِتٌ لَهَا.

(الشَّرْطُ الثَّانِي): الزَّوْجِيَّةُ؛ فَلَا لِعَانَ لِلْأَجَنِيِّ، وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يَمْنَعُ اللَّعَانَ قَبْلَ الرَّجْعَةِ، وَلَوْ أَرْتَدَّ الزَّوْجُ، فَلَاعِنٌ، وَعَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، تَبَيَّنَ صِحَّةُ اللَّعَانِ، وَلَوْ أَصَرَ، تَبَيَّنَ فَسَادُهُ، وَلَوْ وَطَّئَهَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ بِشُبْهَةٍ، ثُمَّ قَذَفَهَا، وَكَانَ ثُمَّ وَلَدٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ، فَلَهُ اللَّعَانُ (ح)، وَيَنْدَفِعُ بِهِ الْحَدُّ، وَالنَّسَبُ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَأْبُدُ الْحُزْمَةِ، وَوُجُوبُ حَدِّ الزَّانَا عَلَيْهَا؛ حَتَّى يَخْتِجَ إِلَى الدَّفْعِ بِلِعَانِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، فَلَا يُلَاعِنُ؛ كَالْأَجَنِيِّ، فَإِنْ ظَنَّ صِحَّةَ النِّكَاحِ، فَلَاعِنٌ، فَيَنْدَفِعُ الْحَدُّ بِاللَّعَانِ الْفَاسِدِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِسُقُوطِ الْحَدِّ بِالشُّبْهَةِ؛ وَكَذَا يَنْسَقُطُ حَدُّ الْمُزْنَةِ، إِذَا لَاعِنَ، وَأَصَرَ؛ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، فَإِنْ قَذَفَهَا، ثُمَّ أَبَانَهَا، لَاعِنٌ [ح]^(٣) لِدَفْعِ النَّسَبِ، إِنْ كَانَ وَلَدٌ، وَإِلَّا فَيُلَاعِنُ لِدَفْعِ الْحَدِّ، وَإِنْ عَفَتْ، فَلَا، وَإِنْ قَذَفَ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ، لَاعِنٌ [ح]^(٤)، إِنْ كَانَ وَلَدٌ، وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ قَذَفَهَا

(١) قال الرافي: «وهو أن يؤذيها بالقذف بزنا اعترفت به أو ثبت بالبينة، فإنه لا يلacen لمجرد دفعه على أسد الوجهين» المشهور قولان. [ت]

(٢) قال الرافي: «ومهما قصد نفى الولد لم يتوقف اللعان على طلبها قطعاً إنما ذلك في لعان لمجرد دفع العقوبة لا حاجة إلى ذكره، لأنه بين من قبل أنه يجوز اللعان لنفي الولد، وإن سقطت العقوبة، وإذا عرفنا جواز اللعان لينفي الولد حيث لا عقوبة، فتعرف أنه لا يتوقف اللعان على طلب العقوبة. [ت]

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

فِي النِّكَاحِ يَزِنَا قَبْلَ النِّكَاحِ، لَمْ يُلَاعِنَ [ح] (١)، إِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، وَإِنْ كَانَ فَوْجَهَانِ؛ لِأَنَّهُ قَصَرَ بِذِكْرِ
التَّارِيخِ.

(فُرُوعُ: الْأَوَّلُ) لَوْ لَاعَنَ، ثُمَّ أَبَانَهَا، وَقَذَفَهَا بِتِلْكَ الزَّئِيَةِ، فَلَا حَدَّ، وَعَلَيْهِ التَّغْزِيرُ، وَلَا لِعَانَ،
وَإِنْ قَذَفَهَا بِزَّئِيَةٍ أُخْرَى؛ فَإِنْ كَانَتْ لَمْ تُلَاعِنَ، وَحُدَّتْ، لَمْ يَجِبِ الْحَدُّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِسُقُوطِ
حَصَانَتِهَا بِتِلْكَ الزَّئِيَةِ بِمُوجِبِ لِعَانِهِ، وَإِنْ لَاعَنْتْ، وَجِبَ الْحَدُّ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذْ بَقِيَتْ حَصَانَتُهَا
بِلِعَانِهَا، وَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، فَإِيجَابُ الْحَدِّ أَوَّلَى؛ لِأَنَّ أَثَرَ لِعَانِ الزَّوْجِ لَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ.

(الثَّانِي): إِذَا قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً، ثُمَّ نَكَحَهَا، وَقَذَفَهَا، وَلَاعَنَ، انْتَفَعَ الْحَدُّ الثَّانِي، أَمَّا الْأَوَّلُ
فَيُسْتَوْفَى، وَلَا يَنْدَرِجُ تَحْتَ الْحَدِّ السَّاقِطِ بِاللِّعَانِ؛ وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّدَاخُلِ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْأَتْحَادِ يَجْرِي عِنْدَ
الِاسْتِيفَاءِ.

(الثَّلَاثُ): لَا يُنْفَى نَسَبُ مِلْكِ الْيَمِينِ بِاللِّعَانِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)؛ فَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ، فَأَتَتْ
بَوْلًا لَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشَّرَاءِ، فَلَهُ اللَّعَانُ، وَإِنْ اخْتَمِلَ، فَلَا لِعَانَ، فَلَوْ ادَّعَى الْوَطْءَ فِي
الْمِلْكِ وَالِاسْتِيزَاءِ، لَمْ يَلْحَقْهُ نَسَبُ مِلْكِ الْيَمِينِ؛ لِلِاسْتِيزَاءِ، وَلَا بِالنِّكَاحِ؛ لِانْقِطَاعِ ذَلِكَ الْفِرَاشِ
بِفِرَاشِ مِلْكِ الْيَمِينِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُ النِّكَاحِ؛ فَعَلَى هَذَا لَهُ التَّقْيُّ بِاللِّعَانِ.

(الرُّوْحَنُ الثَّلَاثُ: الْقَذْفُ)، وَهُوَ نِسْبَتُهَا إِلَى وَطْءِ حَرَامٍ، فَلَوْ نَسَبَهَا إِلَى زَنَاهِيٍّ مُسْتَكْرَهَةٍ عَلَيْهِ،
فَوْجَهَانِ، وَلَوْ كَانَ وَطْءُ شُبْهَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَوْجَهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى يَمْنَعُ اللَّعَانُ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ فِي
[الْقُرْآنِ] (٢) وَرَدَّ مُرْتَبًا عَلَى الزَّوْمِيِّ بِالزَّنَا، وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ بِالشُّبْهَةِ مُعْتَرِفًا، وَأَمَكَنَ الْإِحَاقَ الْوَلَدَ بِهِ،
عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ، وَلَا لِعَانَ قِطْعًا، أَمَّا إِذَا اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: لَيْسَ الْوَلَدُ مِنِّي، فَوْجَهَانِ، وَأَوَّلَى
يَجَوَّزُ اللَّعَانُ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الزَّنَا وَالشُّبْهَةَ، وَلَا يُشْتَرَطُ (م) أَنْ يَقُولَ فِي الْقَذْفِ وَاللِّعَانِ: رَأَيْتُهَا تَزْنِي،
وَلَا أَنْ يَقُولَ: اسْتَبْرَأْتُهَا بَعْدَ الْوَطْءِ [م] (٣).

(الْفَضْلُ الثَّلَاثُ (٤): فِي فُرُوعٍ مُتَفَرِّقَةٍ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ) إِذَا قَذَفَهَا بِأَجْنَبِيٍّ (ح م)، وَذَكَرَهُ فِي اللَّعَانِ، فَلَا حَدَّ لِلْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ،
فَقَوْلَانِ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ حُجَّةٌ عَلَى الْجُمْلَةِ، وَإِنْ كَانَتْ قَاصِرَةً.

وَمَنْ قَذَفَ عِنْدَ الْقَاضِي، فَهَلْ عَلَى الْقَاضِي إِخْبَارُ الْمَقْدُوفِ لِطَلَبِ حَدِّ الْقَذْفِ؟ وَجَهَانِ.

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(الثاني): إِذَا قَذَفَ نِسْوَةً بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، فَفِي تَعَدُّدِ اللَّعَانِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى تَعَدُّدِ الْحَدِّ، وَاللَّعَانُ أَوْلَى بِأَنْ يَتَعَدَّدَ (و)، لِأَنَّهُ حُجَّةٌ؛ فَلَا يَتَدَاخَلُ، وَإِنْ قُلْنَا بِتَعَدُّدِهِ، لَمْ يَتَّحِدْ بِرِضَاهُنَّ بِلِعَانٍ وَاحِدٍ؛ كَالْيَمِينِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَتَّحِدُ، فَذَلِكَ حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ طَلِبُهُنَّ أَوْ تَوَافُقُهُنَّ، فَإِنْ أَنْفَرَدَتْ وَاحِدَةٌ بِالطَّلَبِ، لَاعَنَ عَنْهَا، ثُمَّ اسْتَأْنَفَتْ لِلْبَاقِيَاتِ.

وَلَوْ قَالَ لِرُؤُوسِهِ: يَا زَانِيَةُ بِنْتُ الزَّانِيَةِ، فَقَدْ قَذَفَهَا وَأَمَّا بِكَلِمَتَيْنِ، فَعَلَيْهِ حَدَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يُقَدَّمُ حَدُّ الْمَقْدُوفِ أَوَّلًا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَهَلُمَّا يُقَدَّمُ حَدُّ الْأُمِّ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَأَخِّرَةً؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ حَدَّ الْبِنْتِ مُتَعَرِّضٌ لِلشَّقْوَطِ بِاللَّعَانِ، فَحَدُّ الْأُمِّ أَقْوَى.

(الثالث): إِذَا أَدَعَتْ الْقَذْفَ، فَانْكَرَ، فَقَامَتِ الْحُجَّةُ عَلَى الْقَذْفِ، فَلَهُ أَنْ يُلَاعِنَ، إِنْ أَظْهَرَ لِنِكَارِهِ تَأْوِيلًا، وَإِلَّا، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ أَنْشَأَ قَذْفًا آخَرَ، فَلَهُ اللَّعَانُ، وَأَنْدَفَعَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَدُّ أَيْضًا، إِلَّا إِذَا كَانَ قَدْ قَالَ: مَا قَذَفْتُ وَمَا زَنَيْتُ، فَإِنَّ قَذْفَهُ بَعْدَهُ يُنَاقِضُ شَهَادَةَ الْبَرَاءَةِ، إِلَّا إِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ أَحْتَمِلَ طَرِيَانُ الزَّنا بَعْدَهَا، وَلَوْ أَمْتَنَعَا عَنِ اللَّعَانِ، فَلَمَّا عَرَّضَا لِلْحَدِّ، رَجَعَا إِلَيْهِ، جَارَ؛ كَمَا فِي الْبَيِّنَةِ؛ بِخِلَافِ الْيَمِينِ، وَلَوْ حَدَّ الرَّجُلُ، فَأَرَادَ أَنْ يُلَاعِنَ بَعْدَهُ، مُكِّنَ مِنْهُ، إِنْ كَانَ نَسَمَ وَلَدًا، وَإِلَّا فَلَا فَايِدَةَ لِلْعَانِيَةِ؛ فَلَا يُمَكِّنُ (و).

(الرابع): إِذَا قَالَ: زَنَيْتَ، وَأَنْتِ صَغِيرَةٌ، فَيَجِبُ التَّغْزِيرُ، فَإِنْ قَالَ: وَأَنْتِ مَجْنُونَةٌ، أَوْ مُشْرِكَةٌ، فَكَمِثْلُ إِنْ عَاهَدَ لَهَا ذَلِكَ، وَإِلَّا فَالْحَدُّ.

وَقِيلَ: لَا حَدَّ إِذَا لَمْ تُعْهَدْ تِلْكَ الْحَالَةُ؛ لِأَنَّهُ جَاءَ بِمُحَالٍ.

(الرُّجْحُ الرَّابِعُ: اللَّفْظُ)، وَالتَّنْظُرُ فِي أَصْلِهِ، ثُمَّ فِي تَغْلِيظَاتِهِ وَسُنَنِهِ:

(أَمَّا اللَّفْظُ)، فَإِنَّ يَقُولُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ؛ إِنِّي لِمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزَّنا، وَفِي الْخَامِسَةِ؛ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ، إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَجِبُ إِعَادَةُ ذِكْرِ الْوَلَدِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ، إِنْ كَانَ نَسَمَ وَلَدًا، وَالْمَرْأَةُ تَشْهَدُ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ، إِنَّهُ لِمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ، وَفِي الْخَامِسَةِ؛ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا، إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا إِعَادَةُ ذِكْرِ الْوَلَدِ، وَلَا يَقُومُ (ح) مُعْظَمُ الْكَلِمَاتِ مَقَامَ الْجَمِيعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُتَعَيَّنُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ، فَلَا يُبَدَّلُ بِالْحَلْفِ، وَلَا لَفْظُ الْغَضَبِ بِاللَّعْنِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ التَّرْتِيبُ فِي تَأْخِيرِ اللَّعْنِ، وَتَجِبُ الْمُوَالَاةُ بَيْنَ الْكَلِمَاتِ.

وَيَصِحُّ لِعَانُ الْآخَرَسِ [ح] ^(١)، وَقَذْفُهُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَكْتُبَ مَعَ الْإِشَارَةِ ^(٢)؛ لِيُتَبَيَّنَ لَفْظُ الْغَضَبِ وَاللَّعْنِ، أَوْ يُورِدَ عَلَيْهِ نَاطِقٌ، فَيُشِيرُ بِالْإِجَابَةِ، فَإِنْ قَالَ بَعْدَ انْطِلَاقِ اللَّسَانِ: لَمْ أَرُدْ ذَلِكَ، لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ اُعْتَقَلَ لِسَانُ النَّاطِقِ قَبْلَ اللَّعَانِ، وَكَانَ يُنْتَظَرُ زَوَالُهُ عَلَى قُرْبٍ، أُمِهَلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَالْعَاجِزُ عَنِ

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي: «ويصح لعان الآخرس وقذفه، وعليه أن يكتب مع الإشارة... إلى آخره» الذي ذكره الأئمة تصحيح لعانه بالإشارة وحدها وبالكتاب وحدها. [ت]

الْعَرَبِيَّةُ يَقُومُ فِي حَقِّهِ تَرْجَمَةُ اللَّغَنِ وَالْغَضَبِ وَالشَّهَادَةِ مَقَامَهَا، وَلَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَرْجُمَانَيْنِ يُعْرَفَانِ الْقَاضِي، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَرْبَعَةٌ فِيهِ خِلَافٌ (و).

(أَمَّا التَّغْلِيظُ)، فَهُوَ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ (ح)، وَالْجَمْعِ (ح).

(أَمَّا الزَّمَانُ) فَبِالتَّأخيرِ إِلَى وَقْتِ الْعَصْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ طَلَبُ حَاشٍ، فَيَوْمَ الْجُمُعَةِ.

(وَأَمَّا الْمَكَانُ)، فَأَشْرَفُ مَوَاضِعِ الْبَلَدِ، وَهُوَ مَقْصُورَةُ الْجَامِعِ (و)، وَفِي مَكَّةَ عِنْدَ الْمَقَامِ، وَفِي الْمَدِينَةِ بَيْنَ الْمِنْبَرِ وَالْمَدْفَنِ، وَفِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ، وَفِي حَقِّ الدِّمِيِّ الْكَنِيسَةِ وَالْبَيْعَةِ، وَفِي الْمَجُوسِيِّ بَيْتُ النَّيْرَانِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَأَمَّا بَيْنَ الْأَصْنَامِ، فَلَا يَأْتِيهِ، وَيُغْلَظُ عَلَى الزُّنْدِيقِ؛ لِيَنَالَهُ شُؤْمُهُ، وَالْحَائِضُ ثَلَاثِينَ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ، وَالْمُشْرِكُ الْجُنُبُ وَالْمُشْرِكَةُ يُلَاعِنَانِ فِي الْمَسْجِدِ (ح)، وَلَا يُؤَاخِذُهُمَا الْقَاضِي بِتَعَبْدِ الشَّرْعِ.

(وَأَمَّا الْجَمْعُ)، فَهُوَ أَنْ يَخْضُرَ جَمَاعَةٌ، وَلَا يَنْقُصَ عَنْ أَرْبَعَةٍ، وَلَا يَصْغُ اللَّعَانُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحَاكِمِ، أَوْ فِي مَجْلِسِ الْمُحْكَمِ؛ عَلَى قَوْلٍ، ثُمَّ التَّغْلِيظُ بِالْمَكَانِ، فِي وَجُوبِهِ قَوْلَانِ، وَفِي الزَّمَانِ وَالْجَمْعِ طَرِيقَانِ، وَأَوَّلُيْهِ بِالْأَجَبِ.

(وَأَمَّا السُّنَنُ)، فَثَلَاثَةٌ أَنْ يَخُوفَهُمَا الْقَاضِي بِاللَّهِ، فَلَعَلَّهُمَا يَنْزَجِرَانِ، وَأَنْ يَكُونَ عَلَى الْمِنْبَرِ، أَغْنَى الْقَاضِي، عَلَى وَجْهِهِ، وَالزَّوْجِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَأَنْ يَأْتِيَهُ رَجُلٌ مِنْ وَرَائِهِ عِنْدَ الْخَامِسَةِ، فَيَضَعُ يَدَهُ عَلَى فِيهِ، وَيَقُولَ لَهُ صَاحِبُ الْمَجْلِسِ: أَتَى اللهُ؛ فَإِنَّهَا مُوجِبَةٌ، وَالْمَرْأَةُ تَأْتِيهَا أَمْرَاءٌ.

(البَابُ الثَّلَاثُ: فِي جَوَامِعِ أَحْكَامِ اللَّعَانِ^(١) وَنَفْيِ الْوَلَدِ)

وَيَتَعَلَّقُ بِلَعَانِهِ خَمْسَةٌ أَحْكَامٌ:

الْفِرَاقُ؛ وَتَأْبُدُ الْحُرْمَةِ، وَسَقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ، وَأَنْتِفَاءُ النَّسَبِ، وَوُجُوبُ حَدِّ الزَّنَا عَلَيْهَا، وَيَتَعَلَّقُ بِلَعَانِهَا سَقُوطُ الْحَدِّ عَنْهَا فَقَطْ، أَمَّا خُكْمُ نَفْيِ الْوَلَدِ، فَفِيهِ خَمْسُ مَسَائِلَ:

(الأُولَى): أَنَّ اللَّعَانَ يُخْتِاجُ إِلَيْهِ، إِذَا أُمْتَكَنَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنَ الزَّوْجِ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ؛ إِذَا لِقُصُورِ الْمُدَّةِ عَنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أَوْ لَطُولِ الْمَسَافَةِ (ح) بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، أَوْ لِكَوْنِ الزَّوْجِ صَبِيئًا دُونَ عَشْرِ سِنِينَ، أَوْ لِكَوْنِهِ مَمْسُوحًا مَجْبُوبَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثِيِّينِ، فَلَا يَلْحَقُهُ، وَالبَاقِي الْأُنْثِيَيْنِ يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ قَطْعًا، وَكَذَلِكَ الْخَصِيُّ الْبَاقِي الذَّكَرِ؛ عَلَى [الْأَصَحِّ]^(٢).

(الثَّانِيَةُ): اللَّعَانُ عَنِ الْحَمْلِ جَائِزٌ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّهُ جَائِزٌ بِمُجَرَّدِ غَرَضِ

(١) قال الرافعي: «الباب الثالث في جوامع أحكام اللعان» حقه أن يبدل بالقسم الثاني لأنه ذكر من أول الكتاب أن النظر من القذف واللعان وقضيته الترتيب بآخر الفصل المعقود في أركان اللعان إلى هذا القسم ليجتمع فيه أركانه وأحكامه. [ت]

(٢) في أ: الأظهر.

الْقَطْعَ دُونَ الْوَلَدِ، وَبَعْدَ الْبَيْنُونَةِ فِيهِ قَوْلَانِ؛ مَاخِذُهُمَا أَنَّ الْيَقِينَ، هَلْ يُشْتَرَطُ لِلْعَانِ أَمْ يَجُوزُ بِالظَّنِّ لِيَخْطُرَ الْمَوْتُ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا أَتَتْ بِتَوَّعَمَيْنِ، فَتَفَى أَحَدَهُمَا، لَمْ يَنْتَفِ، وَإِنْ نَفَاهُمَا، ثُمَّ اسْتَلْحَقَ أَحَدَهُمَا، لِحَقِّهِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَبَعَّضُ، وَيُعَلَّبُ جَانِبُ الْإِثْبَاتِ، وَلَوْ نَفَى الْحَمْلَ، فَأَتَتْ بِتَوَّعَمَيْنِ، إِنْتَفَيَا، وَلَهُ أَنْ يَنْفَى أَوْلَادًا عِدَّةً يُلْعَانُ وَاحِدٍ، وَبَيْنَ [التَّوَّعَمَيْنِ] ^(١) الْمَنْفِيَيْنِ أُخُوَّةُ الْأُمِّ، وَلَا تُثْبِتُ أُخُوَّةُ الْأَبِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ [و] ^(٢).

(الرَّابِعَةُ): إِذَا مَاتَ الْوَلَدُ، فَلَهُ اللَّعَانُ (ح)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ وَلَدٌ حَيٌّ، وَلَوْ نَفَاهُ (ح)، فَلَمَّا مَاتَ، اسْتَلْحَقَهُ قَبْلَ، وَوَرِثَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَفَى بَعْدَ (ح) الْمَوْتِ، ثُمَّ اسْتَلْحَقَ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ [و] ^(٣).

(الخَامِسَةُ): حَقُّ نَفْيِ الْوَلَدِ عَلَى الْفَوْرِ، وَيَسْقُطُ بِالتَّأْخِيرِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَلَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالْإِسْتِلْحَاقِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَيُمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ عَلَى قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ، فَلَوْ صَبَرَ عِنْدَ الْحَمْلِ إِلَى انْفِصَالِ الْوَلَدِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ: عَرَفْتُ الْحَمْلَ، وَلَكِنْ أَنْتَظَرْتُ الْإِجْهَاضَ، جَازَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَسْمَعْ الْوِلَادَةَ إِلَّا مِنْ فَاجِرٍ، فَلَمْ أُصَدِّقْ، عَزَّرَ، أَمَّا مِنْ عَدْلَيْنِ، فَلَا، وَمِنْ عَدْلٍ وَاحِدٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قِيلَ لَهُ: مَتَّعَكَ اللَّهُ بِوَلَدِكَ، فَقَالَ: آمِينَ، فَهُوَ اسْتِلْحَاقٌ، وَإِنْ قَالَ: جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا، أَوْ أَسْمَعَكَ اللَّهُ مَا يَسُرُّكَ، فَلَا.

(١) في أ: الولدين.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ب.

(كِتَابُ الْعِدَّةِ)

(وَالنَّظَرُ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ، وَالْوَفَاةِ، وَالْإِسْتِبْرَاءِ، أَمَّا عِدَّةُ الطَّلَاقِ،
فَفِيهَا بَابَانِ:)

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي عِدَّةِ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ)

وَهِيَ بِالْأَفْرَاءِ، أَوْ بِالْأَشْهُرِ، أَوْ بِالْحَمَلِ.

(النُّوعُ الْأَوَّلُ الْأَفْرَاءُ)، وَجَمِيعُ ذَلِكَ يَجِبُ لِلْبَرَاءَةِ، وَلَكِنْ يَكْفِي جَرَيَانُ سَبَبِ الشُّغْلِ مِنْ تَغْيِيبِ
الْحَشَفَةِ، وَوُطْءِ الصَّبِيِّ وَالْحَصِيِّ، وَيَجِبُ عَلَى الْمُعْلَقِ طَلَاقُهَا عَلَى يَقِينِ الْبَرَاءَةِ، وَالْأَفْرَاءُ هِيَ
الْأَطْهَارُ (ح)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلَقَتْ، لَمْ يَقَعْ إِلَّا فِي الطُّهْرِ^(١)، ثُمَّ بَقِيَّةُ الطُّهْرِ قُرْءٌ
وَاحِدٌ، وَلَوْ لَحْظَةٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطُّهْرِ، فَلَا تَنْقَالِ لَيْسَ قُرْءٌ؛ عَلَى الْقَوْلِ
الْجَدِيدِ، وَالْقُرْءُ هُوَ الطُّهْرُ الْمُخْتَوِشُ بِدَمْنٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَبَقِيَّةُ طُهُرِ الصَّبِيَّةِ قَبْلَ الْحَيْضِ،
لَيْسَ بِقُرْءٍ، وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ ثَلَاثَةُ أَفْرَاءٍ، وَعِدَّةُ الْأَمَةِ قُرْآنٍ، فَإِنْ أُعْتِقَتْ فِي أَثْنَاءِ الْعِدَّةِ، فَهِيَ كَالْحُرَّةِ؛ فِي
قَوْلِ (ح).

وَكَلَامَتِهِ، فِي قَوْلِ (ح م).

وَفِي الْقَوْلِ الثَّلَاثِ؛ إِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً، أُلْتَحَقَّتْ بِالْحُرَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً، فَتَعْتَدُ بِقُرْءَيْنِ.

وَلَوْ وَطِئَ أَمَةً؛ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَفْرَاءٍ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ وَطِئَ حُرَّةً؛
عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا أَمَةٌ، لَمْ يُؤْثَرِ الظَّنُّ أَضْلًا.

[وَالْعِدَّةُ]^(٢) بِالْأَفْرَاءِ ظَاهِرَةٌ فِي الْمُسْتَقِيمَةِ الْعَادَةِ، وَكَذَلِكَ فِي الْمُسْتَحَاضَةِ الْمُمَيَّزَةِ، أَوْ الْحَافِظَةِ
لِلْعَادَةِ، وَأَمَّا النَّاسِيَةُ، فَيَكْفِيهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالْأَهْلِ، فَإِنْ طُلُقَتْ، وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الشَّهْرِ خَمْسَةٌ عَشَرَ
يَوْمًا، فَيَكْفِيهَا بَقِيَّةُ الشَّهْرِ، وَشَهْرَانِ آخَرَانِ، وَإِنْ بَقِيَ أَقَلُّ، فَلَا بُدَّ مِنْ ثَلَاثِينَ يَوْمًا لِلشَّهْرِ الْمُنْكَسِرِ،
وَشَهْرَيْنِ آخَرَيْنِ^(٣).

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق في كُلِّ قُرْءٍ طَلَقَتْ، لَمْ يَقَعْ إِلَّا فِي الطُّهْرِ»، ذكره لإيضاح معنى القُرْءِ.
والمسألة بأحوالها قد ذكرها في الطلاق. [ت]

(٢) في أ، ب: والحِض.

(٣) قال الرافعي: «وإن بقي أقل فلا بد من ثلاثين يوماً للشهر المنكسر وشهرين آخرين هذا وجه، ويفهم من
كلام بعض الأصحاب ولم أجد التصريح به في حق المتحيرة إلا لصاحب الكتاب، والذي يوجد لغيره أنها
تمكث ثلاثة أشهر بعد تلك البقية. [ت]

وَقِيلَ: يَكْفِيهَا شَهْرَانِ آخَرَانِ.

وَقِيلَ: إِذَا انْكَسَرَ شَهْرٌ، انْكَسَرَ الثَّلَاثُ؛ فَلَا بُدَّ مِنْ تِسْعِينَ يَوْمًا.

وَقِيلَ: إِنَّ عَلَى النَّاسِيَةِ الصَّبْرَ إِلَى سِنِّ الْيَأْسِ، أَوْ أَزْبَعِ سِنِينَ، أَوْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ؛ لِأَنَّ الطَّهْرَ رَبَّمَا زَادَ عَلَى أَشْهُرٍ؛ وَهَذَا يُسْتَمَدُّ مِنْ قَوْلِ الْأَخْتِيَّاطِ.

وَلَكِنْ لَا يَجْرِي هَذَا فِي الرَّجْعَةِ وَالشُّكْنَى، بَلْ فِيمَا عَلَيْهَا.

(أَمَّا) الصَّغِيرَةُ وَالْآيِسَةُ، فَتَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ، وَلَوْ رَأَتْ الصَّغِيرَةُ دَمًا قَبْلَ تِسْعِ سِنِينَ، فَدَمٌ فَسَادٍ، وَإِنْ رَأَتْ بَعْدَ الْأَعْيَادِ بِالْأَشْهُرِ، لَمْ تَسْتَأْنِفْ، وَإِنْ رَأَتْ قَبْلَ الْفَرَاغِ، اسْتَأْنَفَتْ.

(وَأَمَّا الْأَمَةُ)، فَتَعْتَدُ بِشَهْرَيْنِ (ح) بَدَلًا عَنْ قُرْءَيْنِ.

وَقِيلَ بِشَهْرٍ وَنُصْفٍ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ التَّبْعِيضَ.

وَقِيلَ: بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ؛ أَخْذًا مِنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ، إِذَا عَتَقَتْ؛ أَنَّهَا تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

وَبِشَهْرٍ عَلَى قَوْلٍ بَدَلًا عَنْ قُرْءٍ.

(فَرَعَ): الَّتِي تَبَاعَدَتْ حَيْضَتُهَا بِرِضَاعٍ، أَوْ عِلَّةٍ، فَعَلَيْهَا أَنْتِظَارُ الْحَيْضِ، وَلَا تَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ، وَالَّتِي لَمْ تَحْضِ أَضَلًّا، وَإِنْ كَبُرَتْ، فَتَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ، وَإِنْ كَانَ الْأَنْقِطَاعُ بَعْدَ الْحَيْضِ بِغَيْرِ عِلَّةٍ، فَالْقَوْلُ الْجَدِيدُ؛ أَنَّهَا تَصْبِرُ إِلَى سِنِّ الْيَأْسِ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، وَالْقَوْلُ الْقَدِيمُ، أَنَّهَا تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ (ح) لِتَنْفِي الْحَمْلِ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ، وَهُوَ مَذْهَبُ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(١)، وَقَوْلُ ثَالِثٍ قَدِيمٌ؛ أَنَّهَا تَتَرَبَّصُ (ح م) أَزْبَعِ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدُ، فَإِنْ فَرَّغْنَا عَلَى الْقَدِيمِ، فَحَاضَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ وَالْعِدَّةِ وَالنِّكَاحِ، اسْتَمَرَّ النِّكَاحُ (و)، وَإِنْ حَاضَتْ قَبْلَ تِمَامِ التَّسْعَةِ، بَطَلَ التَّرَبُّصُ، وَانْتَقَلَتْ إِلَى الْأَقْرَاءِ، فَإِنْ لَمْ يُعَاوِذْهَا، اسْتَأْنَفَتْ التَّرَبُّصَ وَالْعِدَّةَ جَمِيعًا، وَإِنْ حَاضَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ بِالتَّسْعَةِ، وَلَكِنْ فِي الْعِدَّةِ، اسْتَأْنَفَتْ التَّسْعَةَ، وَلَكِنْ هَلْ تَبْنِي عَلَى الثَّلَاثَةِ، أَمْ تَسْتَأْنِفُ؟ فِيهِ خِلَافٌ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْبِنَاءِ، اسْتَكْمَلَتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بِالْحِسَابِ.

وَقِيلَ: يَكْفِيهَا شَهْرَانِ، وَمَا مَضَى يُجْعَلُ قُرْءًا؛ وَهَذَا جَمْعٌ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ، وَهُوَ بَعِيدٌ.

وَلَوْ رَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ الْمُدَّتَيْنِ، وَقَبْلَ النِّكَاحِ، فَالْصَّحُّ أَنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الْأَقْرَاءِ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّ الْعِدَّةَ قَدْ تَمَّتْ، وَأَمَّا إِذَا فَرَّغْنَا عَلَى الْجَدِيدِ، فَسِنُّ الْيَأْسِ أَقْصَى مُدَّةِ يَأْسِ امْرَأَةٍ فِي الْعَالَمِ مِمَّنْ

(١) قال الرافعي: «وهو مذهب عمر - رضي الله عنه -» روى الشافعي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرًا. ويروى عن عثمان مثله. [ت] أخرجه مالك (٥٧٥/٢) كتاب الطلاق: باب عدة التي تفقد زوجها، حديث (٥٢).

تُعَرَفُ؛ عَلَى قَوْلٍ.

أَوْ نِسَاءً عَشِيرَتِهَا؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالْعَصَبَاتِ مِنَ النِّسَاءِ.

وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَى الْبَلَدِ، لَا إِلَى الْعَالَمِ؛ وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ؛ لَوْ رَأَتْ الدَّمَ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَشْهُرِ بَعْدَ سِنِّ الْيَأْسِ، انْتَقَلَتْ إِلَى الْأَقْرَاءِ، فَإِنْ لَمْ يُعَاوِذْهَا، فَتَسْتَأْنِفُ [و] (١) الْأَشْهُرَ قَطْعًا؛ لِأَنَّ الْمَطْلُوبَ الْيَقِينُ، وَهَلْ عَلَيْهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَرْبَعُ سِنِينَ لِلتَّرَبُّصِ؛ إِذْ زَالَ الْيَأْسُ بِالْحَيْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ، أَمَّا إِذَا رَأَتْ بَعْدَ الْأَشْهُرِ، فَلَا يُؤَثِّرُ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَيُؤَثِّرُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ النِّكَاحِ.

وَفِي قَوْلٍ ثَالِثٍ؛ قَبْلَ النِّكَاحِ يُؤَثِّرُ، وَبَعْدَهُ لَا يُؤَثِّرُ.

(النَّوْعُ الثَّالِثُ)؛ هُوَ الْعِدَّةُ بِالْحَمْلِ فَإِنَّ النَّوْعَ الثَّانِي هُوَ الْأَشْهُرُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَلَانْقِصَاءِ الْعِدَّةِ بِهِ شَرْطَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنْ يَكُونَ (ح) الْحَمْلُ مِمَّنْ مِنْهُ الْعِدَّةُ، أَوْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ؛ كَوَلَدِ اللَّعَانِ، أَمَّا الْمَنْفِيُّ قَطْعًا؛ كَوَلَدِ الصَّبِيِّ وَالْمَمْسُوحِ (ح). فَلَا تَنْقُضِي (ح) الْعِدَّةَ بِهِ.

وَلَوْ أَتَتْ زَوْجَتَهُ الْبَالِغَ بِوَلَدٍ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، لَا يُلْحَقُهُ، وَلَكِنْ يَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِهِ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لَاحْتِمَالِ جَرَيَانِ وَطْءِ الشُّبْهَةِ قَبْلَ النِّكَاحِ.

وَلَا يَنْقُضِي (ح)؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ مَنْفِيٌّ عَنْهُ شَرْعًا.

وَعَلَى وَجْهِ ثَالِثٍ؛ لَوْ أَدَعَتْ وَطْءَ شُبْهَةٍ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ فِي الْعِدَّةِ قَوْلُهَا، وَإِنْ نَكَحَ [م] (٢) حَامِلًا مِنَ الزَّوْنِ، وَهِيَ تَرَى الْأَذْوَارَ، وَقُلْنَا: إِنَّهَا حَيْضٌ، فَبِئْسَ أَنْقِصَاءُ الْعِدَّةِ بِهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ حَمْلَ الزَّوْنِ كَالْمَغْدُومِ فِي حَقِّ الْعِدَّةِ وَالتَّخْرِيمِ [م] (٣).

(الشَّرْطُ الثَّانِي): وَضْعُ الْحَمْلِ الثَّامِّ؛ فَلَا تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِوَضْعِ أَحَدِ التَّوَمَيْنِ وَأَقْصَى الْمُدَّةِ بَيْنَ التَّوَمَيْنِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، وَلَا تَنْقُضِي بِإِنْفِصَالِ بَعْضِ الْوَلَدِ، بَلْ هُوَ كَالْجَيْنِ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا.

وَقِيلَ: هُوَ كَالْمُنْفِصِلِ إِلَّا فِي الْعِدَّةِ.

وَلَا تَنْقُضِي بِإِسْقَاطِ الْعَلَقَةِ، وَتَنْقُضِي إِذَا ظَهَرَتْ الصُّورَةُ وَالتَّخْطِيطُ، وَإِنْ خَفِيَ.

وَإِنْ كَانَ لَحْمًا، فَالْنَّصُّ أَنَّ الْعِدَّةَ تَنْقُضِي بِهِ، وَلَا يَجِبُ بِهِ الْغُرَّةُ، وَلَا يَخْصُلُ بِهِ الْأَسْتِيلَادُ.

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ.

(فُرُوعُ):

الأولُ: الْمُزْتَابَةُ بِالحَمْلِ بَعْدَ الْأَقْرَاءِ، لِثِقَلِ بَطْنِهَا، لَا تُنْكَحُ، إِنْ ظَهَرَ الْأَثَرُ، وَمُجَرَّدُ الشَّكِّ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ.

وَقِيلَ: يُخْرَجُ عَلَى قَوْلِي وَقَفِ الْعُقُودِ.

(الثَّانِي) إِذَا أَنْتَ بَعْدَ الْعِدَّةِ بَوْلِدَ لَأَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، لِحَقِّ الزَّوْجِ، وَإِنْ لَمْ تُنْكَحْ زَوْجًا آخَرَ، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً، حُسِبَ أَرْبَعُ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ انْتِصَامِ الْعِدَّةِ، أَوْ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

فَإِنْ قُلْنَا: مِنْ وَقْتِ تَصَرُّمِ الْعِدَّةِ، تَمَادَى الْإِلْحَاقُ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ وَزِيَادَةٍ؛ إِذَا الطَّهْرُ قَدْ يَتَّبَعُهُ سِنِينَ.

وَقِيلَ: إِنْ ذَلِكَ لَا يُحْتَمَلُ، فَلَا يُحْسَبُ لِلْعِدَّةِ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ.

(الثَّالِثُ): إِذَا نِكَحَتْ، ثُمَّ أَنْتَ بَوْلِدَ لِزِمَانٍ يُحْتَمَلُ مِنَ الزَّوْجَيْنِ، أَلْحَقَ بِالثَّانِي، إِنْ كَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا؛ إِذْ لَا سَبِيلَ إِلَى إِبْطَالِ الصَّحِيحِ.

وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا، يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ؛ لِأَنَّهُ كَوَاطِءُ شُبْهَةٍ.

ثُمَّ مَدَّةُ اخْتِمَالِ الثَّانِي يُحْتَسَبُ مِنَ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ، أَوْ مِنَ الْوُطْءِ؟ فِيهِ خِلَافٌ؛ وَكَذَلِكَ عِدَّةُ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ يُبْتَدَأُ بَعْدَ آخِرِ وَطْأَةٍ، أَوْ بَعْدَ التَّفَرُّقِ بِأَنْجِلَاءِ الشُّبْهَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

(الرَّابِعُ): لَوْ قَالَ: طَلَّقْتُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ، فَأَنْكَرْتُ وَقَالَتْ: بَلْ قَبْلُهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، سَوَاءٌ أَتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الْوِلَادَةِ، أَوْ أُبْهِمَ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي وَقْتِ الْوِلَادَةِ، وَأَتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الطَّلَاقِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَلَوْ أَدَّعَتْ تَقْدَّمَ الطَّلَاقِ، فَقَالَ: لَا أَذْرِي، فَعَلَيْهِ يَمِينٌ جَازِمَةٌ، أَوْ التَّكْوِيلُ، فَإِنْ جَرَمَ الزَّوْجُ، فَقَالَتْ: لَا أَذْرِي، فَلَهُ الرَّجْعَةُ، وَلَيْسَ يُقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الشَّكِّ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي تَدَاخُلِ الْعِدَّتَيْنِ:)

وَالْعِدَّتَانِ الْمُتَّفِقَتَانِ بِالْأَقْرَاءِ أَوْ الْأَشْهُرِ، تَتَدَاخَلَانِ [و^(١)] مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ؛ وَذَلِكَ بَأَن يَطَّاهَا الزَّوْجُ فِي الْعِدَّةِ، فَيَكْفِيهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ مِنْ وَقْتِ الْوِطْءِ، لَكِنَّ الرِّجْعَةَ لَا تَتَجَاوَزُ ثَلَاثَةَ أَقْرَاءٍ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ^(٢)، أَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا؛ بَأَن كَانَ إِحْدَاهُمَا بِالحَمْلِ أُنْذِرَتْ الأُخْرَى تَحْتَ الحَمْلِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَنْقَضَتَا بِالْوَضْعِ، وَدَامَتِ (و) الرِّجْعَةُ إِلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْدَرِجُ؛ فَإِنْ كَانَ الحَمْلُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ، انْقَطَعَ عِدَّةُ الطَّلَاقِ، فَتَعُودُ إِلَى بَقِيَّتِهَا بَعْدَ الْوَضْعِ، وَلَهُ الرِّجْعَةُ، أَوْ تَجْدِيدُ النِّكَاحِ فِي الْبَقِيَّةِ، وَهَلْ يَجُوزُ الرِّجْعَةُ قَبْلَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٣).

وَمَهْمَا ثَبَتَ الرِّجْعَةُ، ثَبَتَ الْمِيرَاثُ وَسَائِرُ الْأَحْكَامِ، وَلَوْ كَانَتْ تَرَى الدَّمَ، وَهِيَ حَامِلٌ، انْقَضَتِ الْعِدَّةُ الأُخْرَى بِالْأَقْرَاءِ مَعَ الحَمْلِ؛ عَلَى الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّهُ لِمُجَرَّدِ التَّعَبُّدِ، أَمَّا إِذَا كَانَ وَطْءُ الشُّبْهَةِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، لَمْ يَتَدَاخُلِ الْعِدَّتَانِ [ح م و^(٤)]، لَكِنْ إِنْ سَبَقَ الطَّلَاقُ، اسْتَمْتَتْ عِدَّةُ الطَّلَاقِ، ثُمَّ اعْتَدَتْ عَنِ الشُّبْهَةِ، وَإِنْ سَبَقَ الْوِطْءُ، فَقَدْ قِيلَ: يُقَدَّمُ عِدَّةُ السَّابِقِ.

وَقِيلَ: النِّكَاحُ أَقْوَى، فَإِنْ قَدَمْنَا عِدَّةَ الشُّبْهَةِ، أَوْ كَانَ قَدْ أَخْبَلَ؛ فَإِنَّ الحَمْلَ يُقَدَّمُ بِكُلِّ حَالٍ، فَفِي الرِّجْعَةِ قَبْلَ اشْتِعَالِهَا بِعِدَّةِ الزَّوْجِ وَجْهَانِ، وَلَا يَجُوزُ تَجْدِيدُ نِكَاحِهَا، إِنْ كَانَتْ بَائِنَةً فِي حَالَةِ عِدَّةِ الشُّبْهَةِ، أَمَّا فِي حَالِ عِدَّتِهِ، إِذَا كَانَ فِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الشُّبْهَةِ، فَوَجْهَانِ.

وَلَوْ رَاجَعَهَا، وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الشُّبْهَةِ، لَمْ يَحِلَّ الْوِطْءُ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْهُ، وَلَكِنْ فِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الشُّبْهَةِ، فَفِي جَوَازِ الْوِطْءِ وَجْهَانِ جَارِيَانِ فِي وَطْءِ الحَامِلِ مِنَ الزَّوْجِ، إِنْ وَطِئَتْ بِالشُّبْهَةِ، هَذَا كُلُّهُ، إِذَا عَلِمَ مَنْ مِنْهُ الحَمْلُ، وَإِنْ اخْتَمَلَ مِنْهُمَا، عُرِضَ عَلَى الْقَافِظِ، وَحُكِمَ بِمُوجِبِهِ، لَكِنَّ الزَّوْجَ إِنْ أَرَادَ الرِّجْعَةَ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُرَاجَعَ قَبْلَ الْوَضْعِ وَبَعْدَهُ، لِيَقَعَ ذَلِكَ فِي عِدَّتِهِ يَبَيِّنُ وَيَحْتَمِلُ الرِّجْعَةَ هَذَا الْوَقْفُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا، لَمْ يَحِلَّ [و^(٥)] لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً، فَعَقْدُ النِّكَاحِ مَرَّتَيْنِ فِيهِ وَجْهَانِ؛ وَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَحْتَمِلُ الْوَقْفَ، وَلَا تُطَالَبُ بِالنَّفَقَةِ وَاحِدًا مِنْهُمَا فِي

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي: «وذلك بأن يطأها الزوج في العدة، فيكفيها ثلاثة أقراء من وقت الوطء لكن الرجعة لا تتجاوز ثلاثة أقراء من وقت الطلاق، هذا مذكور في باب الرجعة، حيث قال وإذا وطئها بعد قرءين استأنف ثلاثة أقراء ولا رجعة إلا في الأول منها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإن الحمل من وطء الشبهة انقطع عدة الطلاق إلى قوله: وجهان» بعد قوله فإن كانت إحداهما بالحمل اندرجت الأخرى تحت الحمل على أحد الوجهين مذكور في «كتاب الرجعة» حيث قال: وإن أحبلها فوضعت إلى رأس الفصل. [ت]

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

الْحَالِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ عَلَى الْوَاطِئِ بِالشُّبْهَةِ^(١)؛ لَأَنَّهُ الْآنَ مُشْكِلٌ؛ فَإِنْ قَضَى الْقَائِفُ عِنْدَ الْوَضْعِ لِلزَّوْجِ، فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ قَضَى لِلوَاطِئِ، فَلَا؛ لِأَنَّهُ مُضَيِّ الزَّمَانَ يُسْقِطُ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ^(٢).
(فُرُوعُ: الْأَوَّلُ): الْعِدَّتَانِ مِنْ حَرْبَيْنِ تَتَدَاخِلَانِ؛ عَلَى النَّصِّ؛ لِأَنَّهُ أُسْتِيْلَاءُ الثَّانِي يُبْطِلُ حَقَّ الْأَوَّلِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ.

(الثَّانِي): الْبَائِنَةُ تَنْقَضِي عِدَّتُهَا، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ يُعَاشِرُهَا؛ عَلَى الْآقْسِ، [و] ^(٣)، وَالرَّجْعِيَّةُ لَا تَنْقَضِي عِدَّتُهَا مَعَ الْمُجَالَسَةِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ فَإِنْ طَالَتِ الْمَفَارَقَةُ، ثُمَّ جَرَتْ خَلْوَةٌ، أُحْتَمِلَ أَنْ تَنْقَطِعَ، وَأُحْتَمِلَ أَنْ يُبْنَى مَا بَعْدَهَا عَلَيْهَا، وَمُخَالَطَةُ الْأَجْنَبِيِّ لَا تَمْنَعُ الْعِدَّةَ، وَمُخَالَطَةُ الزَّوْجِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ بَعْدَ أَنْجِلَاءِ الشُّبْهَةِ لَا يُؤَثِّرُ.

(الثَّالِثُ) إِذَا نَكَحَ مُعْتَدَّةٌ عَلَى ظَنِّ الصَّحَّةِ، انْقَطَعَ عِدَّةُ النِّكَاحِ، وَتَنْقَطِعُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ أَوْ بِمُجَرَّدِ الزَّفَافِ، أَوْ بِحَقِيقَةِ الْوَطْءِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ^(٤)، وَلَا تُحَرِّمُ [م] ^(٥) الْمُعْتَدَّةُ عَلَى نِكَاحِهَا؛ عَلَى التَّأْيِيدِ.

(الرَّابِعُ) إِذَا رَاجَعَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَفِي جَوَازِ الْأَكْتِفَاءِ بِبَقِيَّةِ الْعِدَّةِ السَّابِقَةِ قَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً، فَجَدَّدَ نِكَاحَهَا، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الْمَسِيسِ، يَكْفِيهَا [ح] ^(٦) بَقِيَّةُ الْعِدَّةِ السَّابِقَةِ؛ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ عَادَتْ إِلَى نِكَاحٍ كَانَ فِيهِ وَطْءٌ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تَسْتَأْنِفُ^(٧) وَحَيْثُ نَقُولُ بِالْأَسْتِثْنَاءِ، فَلَوْ كَانَتْ حَامِلًا، يَكْفِيهَا وَضْعُ الْحَمْلِ، وَلَوْ رَاجَعَهَا، فَوَضَعَتْ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، وَقُلْنَا بِالْبَيِّنَةِ، رَجَعْنَا إِلَى قَوْلِ الْأَسْتِثْنَاءِ؛ لِلضَّرُورَةِ، وَتَعَذَّرِ الْبَيِّنَةُ.

وَقِيلَ: سَقَطَتْ عَنْهَا الْبَقِيَّةُ؛ لِلتَّعَذُّرِ؛ فَلَا شَيْءَ [عَلَيْهِ] ^(٨).

أَمَّا إِذَا رَاجَعَ الْحَائِلَ فِي الطَّهْرِ الثَّالِثِ، ثُمَّ طَلَّقَ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا؛ إِذْ بَغَضُ الثَّالِثِ كَجَمِيعِهِ، فَلَا بَقِيَّةَ عَلَيْهَا.

(١) قال الرافعي: «ولا تطالب بالنفقة واحداً منهما في الحال، وإن قلنا: يجب على الواطئ بالشبهة» الأشبه ما ذكره صاحب الشامل والرويانى، وهو أنا إذا قلنا النفقة للحمل فينفقان عليها بالسوية وإن قلنا: يصرف إليها بعد الوضع أخذت حيثل من كل واحد منهما نصف نفقتها. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن قضى للواطئ فلا؛ لأن مضي الزمان يسقط نفقة القريب» الذي أورده جماعة منهم صاحب التهذيب أن هذه النفقة تصير ديناً في الذمة، ولا تكون كنفقة القريب. [ت]

(٣) سقط من ب.

(٤) قال الرافعي: «وتنقطع مجرد العقد، أو الزفاف أو بحقيقة الوطء، فيه تردد» أي أقوال. [ت]

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من ب.

(٧) قال الرافعي: «وإن طلقها قبل الرجعة، فالصحيح أنها لا تستأنف» أي من القولين. [ت]

(٨) في ب: عليها.

وَقِيلَ: الْبَغْضُ^(١) مِنْ أَوَّلِ الطُّهْرِ لَا أَثَرَ لَهُ؛ فَعَلَيْهَا قُرْءٌ آخَرُ.

(الْحَامِسُ): إِذَا خَالَعَ الْمُسُوسَةُ، ثُمَّ جَدَّدَ، وَوَطِئَ، وَخَالَعَ، أَنْدَرَجَتِ الْبَقِيَّةُ الْأُولَى تَحْتَ هَذِهِ الْعِدَّةِ، وَإِنْ مَاتَ، فَهَلْ تَنْدَرُجُ تِلْكَ الْبَقِيَّةُ تَحْتَ عِدَّةِ الْوَفَاةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ: فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَالسُّكْنَى، وَفِيهِ بَابَانِ): «الْأَوَّلُ فِي الْعِدَّةِ»

وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةُ أَيَّامٍ، وَإِنْ لَمْ تَحْضُ [م] ^(٢)، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا؛ فَلَوْ وَضَعَتْ فِي الْحَالِ، حَلَّتْ لِلْأَزْوَاجِ [و] ^(٣)، وَيَحِلُّ لَهَا غَسْلُهُ بَعْدَ الْوَضْعِ، وَبَعْدَ نِكَاحِ زَوْجٍ آخَرَ ^(٤) أَيْضًا، وَلَوْ طَلَّقَ إِخْدَى أَمْرَاتِيهِ، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، فَعَلَى إِخْدَاهُمَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ، وَعَلَى الْآخَرَى عِدَّةُ الْوَفَاةِ، فَعَلَيْهِمَا أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ، إِنْ كُنَّ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ لِلَاخْتِيَاظِ؛ وَإِنْ كُنَّ حَوَامِلَ، فَيَكْفِي الْوَضْعُ، أَوْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَشْهُرِ، فَيَكْفِي أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وَمَنْ أَنْدَرَسَ خَبَرُ زَوْجِهَا، فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا الصَّبْرُ إِلَى الْمَوْتِ؛ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ [ح م] ^(٥)، نَعَمْ، إِنْ لَمْ تُتْرَكِ التَّقَفَةُ، فَلَهَا طَلَبُ الْفَسْخِ؛ بِسَبَبِهِ ^(٦)، وَعَلَى الْقَدِيمِ إِنْ تَرَكَ التَّقَفَةَ، فَلَهَا أَنْ تَتَرَبَّصَ أَرْبَعَ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، وَتَنْكِحَ.

وَيَجِبُ الْجِدَادُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَهُوَ تَرْكُ التَّزْيِينِ بِلِبْسِ الْإِبْرِسَمِ ^(٧)، أَوْ الْمَصْبُوغِ لِلزَّيْنَةِ، دُونَ الْأَسْوَدِ، وَالْأَكْهَبِ الْكَدِيرِ، وَيَجُوزُ الْأَبْيَضُ مِمَّا سِوَى الْإِبْرِسَمِ، وَلَا يَجُوزُ التَّحْلِي بِالدَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَاللَّالِيَةِ، وَيَحْرُمُ كُلُّ طَيِّبٍ يَخْرُمُ عَلَى الْمُحْرَمِ؛ وَكَذَا تَذْهِينُ الشَّعْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ طَيِّبٌ، وَفِي الْمَصْبُوغِ الْخَشِنِ تَرْدُدٌ ^(٨)، وَلَا يَجُوزُ الْمَصْبُوغُ، وَإِنْ صُبِغَ قَبْلَ النَّسْجِ، وَيَجُوزُ لِبْسُ الْكُتَّانِ وَالْخَزِّ وَالْدَّبِيقِيِّ ^(٩) الْأَبْيَضِ.

(١) قال الرافعي: أما إذا راجع الحائل في الطهر الثالث، ثم طلق، فلا شيء عليها، إذ بعض الثالث كجميعه، فلا بقية عليها، وقيل: البعض إلى آخره نظم الكتاب يشعر بترجيح الأول، والأظهر الثاني. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٤) قال الرافعي: «ويحل لها غسله بعد الوضع، وبعد نكاح زوج آخر» أصل غسل الزوجة زوجها قد قر في كتاب الجنائز والفرض هاهنا القول في أنها إلى بعل [ت].

(٥) سقط من ب.

(٦) قال الرافعي: «نعم إن لم تترك التقفة فلها طلب الفسخ بسببه» دخيل في هذا المكان وهو مذكور من بعد وقصده الآن التنبيه على طريق الخلاص من احتمال مشقة الصبر. [ت]

(٧) قال الرافعي: «وهو ترك التزئين بلبس الإبريسم» هذا ذهاب إلى أن الإبريسم يحرم لبسه، وإن نسج على لونه الأصلي، وهو وجه للأصحاب وألحقه معظم الأصحاب بالكتان إذا لم يحدث فيه زينة. [ت]

(٨) قال الرافعي: «وفي المصبوغ الخشن تردد» قولان. [ت]

(٩) الدبقي: بفتح الدال من دَقَّ ثِيَابَ مِصْرَ. قال الأزهري وأراه منسوباً إلى قَرْيَةٍ إسمها دَبِيقُ. ينظر: المصباح المنير ص ١٨٩.

(وَيَجُوزُ التَّزْيِينُ فِي الْفَرْشِ، وَأَثَاثِ الْبَيْتِ، وَلَا تَكْتَحِلُ الْبَيْضَاءُ بِالْإِنْمِدِّ^(١))، إِلَّا بِسَبَبِ الرَّمَدِ لَيْلًا، وَتَمْسُحُهُ نَهَارًا، وَلَا بَأْسَ بِالتَّخْتَمِ بِخَاتَمٍ يَحِلُّ لِلرِّجَالِ^(٢))، وَلَا بَأْسَ بِالتَّنْطُفِ بِالْقَلَمِ، وَالْأَسْتِخْدَادِ، وَإِزَالَةِ الْوَسَخِ، وَعَلَيْهَا مُلَازِمَةُ الْمَسْكَنِ، إِلَّا لِحَاجَةٍ، فَإِنْ تَرَكْتَ جَمِيعَ ذَلِكَ، عَصَتْ، وَانْقَضَتِ الْعِدَّةُ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي السُّكْنَى)

وَالنَّظَرُ فِي أَمْرَيْنِ:

(الْأَوَّلُ فِي الْمُسْتَحَقَّةِ)، وَهِيَ الْمُعْتَدَّةُ عَنْ طَلَاقٍ، بَائِنَةٍ كَانَتْ أَوْ رَجْعِيَّةً، وَفِي الْمُعْتَدَّةِ عَنِ الْوَفَاءِ قَوْلَانِ، وَفِي الْمُعْتَدَّةِ عَنِ الْفَسْخِ طَرِيقَانِ، وَقِيلَ قَوْلَانِ:
وَقِيلَ: لَا سُّكْنَى لَهَا قَطْعًا.

وَإِنْ كَانَ الْفَسْخُ تَعَلَّقَ بِاخْتِيَارِهَا أَوْ عَيْنِهَا، وَإِنْ كَانَ بِرِدَّةِ الزَّوْجِ، فَقَوْلَانِ، وَمَنْ لَا تَسْتَحِقُّ التَّفَقُّةَ فِي النِّكَاحِ، فَلَا سُّكْنَى لَهَا؛ كَالصَّغِيرَةِ وَالْأُمَةِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَالنَّاشِئَةِ، وَفِي وَجُوبِ لُزُومِ الْمَسْكَنِ عَلَى الْأُمَةِ، إِذَا كَانَ السَّيِّدُ هُوَ الَّذِي عَيْنَ الْمَسْكَنِ، وَقُلْنَا: لَيْسَ لِلزَّوْجِ ذَلِكَ تَرَدُّدًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ مُلَازِمَةُ مَسْكَنِ النِّكَاحِ، فَلَوْ طُلِّقَتْ بَعْدَ الْإِنْتِقَالِ، لَازَمَتِ الْمُتَنَقِّلَ إِلَيْهِ، فَإِنْ أَذِنَ فِي الْإِنْتِقَالِ، وَطُلِّقَهَا فِي الطَّرِيقِ، فَالْمَسْكَنُ هُوَ الْأَوَّلُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَالثَّانِي؛ عَلَى وَجْهِهِ.

وَالْعَبْرَةُ فِي الْإِنْتِقَالِ بِالْبَدَنِ، لَا بِالْأَمْتِعَةِ (ح)، وَلَوْ أَذِنَ لَهَا فِي سَفَرٍ، وَطُلِّقَ قَبْلَ مُفَارَقَةِ عُمَرَانِ الْبَلَدِ، فَلَهَا الْإِنْصِرَافُ، وَلَمْ يَجِبْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ كَيْلَا يَبْطُلَ عَلَيْهَا أَهْبَةُ السَّفَرِ، وَإِنْ كَانَ فِي الطَّرِيقِ، لَمْ يَلْزِمُهَا [وَح] ^(٣) الْإِنْصِرَافُ، وَكَانَ لَهَا إِيْتِمَامُ حَاجَتِهَا، وَيَجِبُ الرُّجُوعُ إِلَى الْمَسْكَنِ بَعْدَهُ؛ لِتَقْيَةِ الْمُدَّةِ، وَإِنْ انْقَضَتِ الْمُدَّةُ، فَلَا يَجِبُ، وَإِنْ كَانَ سَفَرُ نَزْهَةٍ، وَأَذِنَ الزَّوْجُ مُدَّةً؛ فَفِي جَوَازِ اسْتِيفَاءِ الْمُدَّةِ قَوْلَانِ، وَكَذَلِكَ فِي وَجُوبِ الْإِنْصِرَافِ عَنِ الطَّرِيقِ، وَفِي وَجُوبِ تَرْكِ الْأَعْتِكَافِ الْمَأْدُونِ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ خَرَجَتْ مَعَ الزَّوْجِ، فَطُلِّقَهَا، وَجَبَ عَلَيْهَا الْإِنْصِرَافُ؛ إِذْ لَيْسَ يَبْطُلُ أَهْبَتُهَا، إِذَا خَرَجَتْ بِأَهْبَةِ الزَّوْجِ، وَلَوْ أَذِنَ لَهَا فِي الْإِحْرَامِ، وَطُلِّقَ قَبْلَهُ، لَمْ تُحْرَمْ، وَإِنْ أَخْرَمَتْ بِعُمْرَةٍ أَوْ بِحَجٍّ، وَهِيَ فِي الْبَلَدِ، وَقَبْلَ تَأْخِيرِ الْحَجِّ، فَفِي وَجُوبِ التَّأْخِيرِ تَرَدُّدٌ؛ لِمَا فِي مُصَابَرَةِ الْإِحْرَامِ مِنَ الْمُسْرِ، وَمَنْزِلِ الْبَدَوِيَّةِ مَسْكَنُهَا، فَلَا تُفَارِقُ إِلَّا إِذَا رَحَلُوا، فَإِنْ رَحَلَ أَهْلُهَا، وَهِيَ فِي أَثْنِ، لَوْ أَقَامَتْ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ؛ إِذْ مُفَارَقَةُ الْأَهْلِ تَغْسِرُ، وَلَوْ رَحَلَتْ مَعَهُمْ، وَأَزَادَتِ الْمَقَامَ بِقَرْيَةٍ، جَازَ؛ بِخِلَافِ

(١) قال الرافعي: «ولا تكتحل البيضاء بالإنمد» يريد أن للسوداء أن تكتحل به، لأنه لا يفيدها جمالاً، والأكثرون نفوا الفرق بين السوداء والبيضاء وقالوا: إن فيه جمالاً للعينين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا بأس بالتختم بخاتم يحل للرجال» هذا وجه وقال الأكثرون ليس لها التحلي بالمتخذ من الذهب والفضة يستوي فيه الخاتم وغيره. [ت]

(٣) سقط من ب.

الْبَلَدِيَّةِ [فِي السَّفَرِ] ^(١)، وَلَوْ كَانَتْ فِي دَارٍ أُخْرَى، فَقَالَتْ: لَا أَنتَقِلُ؛ فَإِنِّي أُنْقَلْتُ بِالْإِذْنِ، فَأَنْكَرَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ.

وَإِنْ جَرَى الْخِلَافُ مَعَ الْوَرْتَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ^(٢)؛ إِذْ وَجُودُ الْأَنْتِقَالِ يُقَوِّي جَانِبَهَا.

وَقِيلَ: فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ [بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ] ^(٣).

وَيَجُوزُ لَهَا مُفَارَقَةُ الْمَسْكَنِ بِعُذْرِ ظَاهِرٍ؛ لِحَاجَةِ الطَّعَامِ، أَوْ خَوْفِ الْمَالِ، وَالتَّنْفِيسِ، وَالْهَجْرَةِ، وَإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا، وَلَا يَجُوزُ فِي طَلَبِ زِيَادَةٍ؛ كَتَجَارَةٍ، وَكَتَعَجِيلِ حَاجَةِ الْإِسْلَامِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِيمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ)، وَعَلَيْهِ أَلَّا يُخْرِجَهَا مِنْ مِلْكِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ نَفْسًا لَا يَلِيقُ بِحَالِهَا، فَلَهُ أَنْ يَنْقُلَهَا إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ، وَلِيُطْلَبَ مَوْضِعًا قَرِيبًا؛ حَتَّى لَا يَبْعُدَ الْأَنْتِقَالُ ^(٤)، وَإِنْ كَانَتْ قَدْ رَضِيَتْ بِدَارٍ خَسِيسَةٍ، فَلَهَا الْأَنْتِقَالُ إِلَى أُخْرَى، وَعَلَيْهِ الْإِبْدَالُ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ مَدَاخَلَةُ الدَّارِ؛ لِأَجْلِ الْخَلْوَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا مَحْرَمٌ، أَوْ امْرَأَةٌ يَخْتَشِمُ جَانِبَهَا، أَوْ مَعَهُ زَوْجَةٌ أُخْرَى، أَوْ جَارِيَةٌ، أَوْ مَحْرَمٌ لَهُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْلُوَ رَجُلَانِ بِامْرَأَةٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَخْلُوَ رَجُلٌ بِنِسْوَةٍ ثِقَاتٍ، وَلَهُ الدُّخُولُ إِنْ كَانَتْ فِي حُجْرَةٍ مُنفَرَدَةٍ الْمَرَاغِقِ، وَإِلَّا لَمْ يَجْزِ إِلَّا مَعَ مَحْرَمٍ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ الدَّارِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عِدَّتُهَا بِالْأَشْهُرِ، فَيُخْرِجُ عَلَى بَيْعِ الدَّارِ الْمُكَرَّاةِ؛ لِأَنَّ آخِرَ الْأَقْرَاءِ وَالْحَمْلَ مَجْهُولٌ؛ وَذَاتُ الْأَشْهُرِ إِذَا تَوَقَّعَ طَوَيَّانَ حَيْضِهَا، فَفِي الْبَيْعِ خِلَافٌ، فَإِنْ صَحَّحْنَا، فَحَاضَتْ، خُرُجٌ عَلَى اخْتِلَاطِ الثَّمَارِ بِالْمَبِيعِ، وَإِنْ كَانَ الْمَنْزِلُ مُسْتَعَارًا أَوْ مُسْتَأْجَرًا، فَعَلَى الزَّوْجِ الْإِبْدَالُ عِنْدَ رُجُوعِ الْمُعِيرِ، وَأَنْتِهَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ، فَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى الْأُجْرَةِ (م) وَأَقْلَسَ، ضَارَبَتْ بِأُجْرَةِ مُدَّةِ الْأَقْرَاءِ، إِنْ كَانَتْ مُسْتَقِيمَةً الْعَادَةِ، أَوْ الْأَقْلَ، إِنْ لَمْ تَسْتَقِمْ، وَلِلْحَمْلِ إِنْتِمَاءٌ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى الزِّيَادَةِ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ غَائِبًا، اسْتَفْرَضَ الْقَاضِي عَلَيْهِ، فَإِنْ اسْتَقْلَّتْ بِذَلِكَ، فَفِي رُجُوعِهَا خِلَافٌ، وَإِنْ أَلَزَمْنَا السُّكْنَى فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، فَهُوَ مِنَ التَّرَكَةِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَرَكَةً، وَرَضِيَ الْوَارِثُ بِمَقَامِهَا، لَزِمَهَا الْمُلَازِمَةُ ^(٥)، وَقِيلَ: إِنَّمَا يَجِبُ، إِذَا كَانَ

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «ولو كانت في دار أخرى فقالت: لا أنتقل؛ فإني انتقلت بالإذن فالقول قوله وإن جرى الخلاف مع الوارث فالقول قولها إلى آخره» مقصود الصورة ما إذا قال الزوج لما طلقها: عودي إلى الدار الأولى واعتدي فيها فإنما أذنت لك في الخروج لغرض عارض، وقالت: أذنت للنقلة فأعتد في المنزل الثاني، والأكثرون قالوا: النص في صورة اختلاف الزوجين تصديق الزوجة، ففي صورة الخلاف الوارث مع الزوجة تصديق الوارث على خلاف ما نقله صاحب الكتاب [ت].

(٣) سقط من ب.

(٤) قال الرافعي: «وليطلب موضعاً قريباً حتى لا يبعد الانتقال» أراد به أن النقل إلى الأقرب مستحب، وظاهر كلام الأصحاب يدل على وجوبه [ت].

(٥) قال الرافعي: «وإن أَلَزَمْنَا السُّكْنَى فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ فَهُوَ مِنَ التَّرَكَةِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَرَكَةً وَرَضِيَ الْوَارِثُ بِمَقَامِهَا لَزِمَهَا الْمُلَازِمَةُ إِلَى آخِرِهِ ذِكْرُ الْقَوْلَيْنِ تَفْرِيعاً عَلَى الْقَوْلِ بِوُجُوبِ السُّكْنَى وَلَا يَكَادُ يَوْجَدُ حِكَايَةَ الْخِلَافِ عَلَى الْقَوْلِ بِوُجُوبِ السُّكْنَى إِلَّا فِي هَذَا الْكِتَابِ، وَالْجُمْهُورُ أَطْلَقُوا الْقَوْلَ بِوُجُوبِ الْإِجَابَةِ تَفْرِيعاً عَلَى =

الشُّغْلُ مَوْهُومًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَيْسَ لِلْوَارِثِ تَعْيِينُ الْمَسْكَنِ عَلَيْهَا.

(الْقِسْمُ الثَّالِثُ مِنَ الْكِتَابِ: فِي الْأَسْتِبْرَاءِ^(١)، وَفِيهِ فُصُولٌ:

(الْأَوَّلُ): فِي قَدَرِهِ، وَحُكْمِهِ، وَشَرْطِهِ:

(أَمَّا الْقَدْرُ)، فَقَرءٌ وَاحِدٌ، وَهِيَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ، وَلَا يَكْفِي بَقِيَّةُ حَيْضَةٍ^(٢).

وَقِيلَ: إِنَّهُ طَهَّرَ.

ثُمَّ فِي الْاِكْتِفَاءِ بِبَقِيَّةِ طَهْرٍ خِلَافٌ.

وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَشْهُرِ، فَشَهْرٌ وَاحِدٌ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَالْمُسْتَوْلَدَةُ إِذَا عَقَّتْ، اسْتَبْرَأَتْ بِقُرْبَى (ح) وَاحِدٍ^(٣)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، فَاسْتَبْرَأَتْهَا بِالْوَضْعِ،

وَإِنْ كَانَ مِنَ الزَّوْنَا، كَانَ أَنْفِصَالُهُ كَأَنْفِصَالِ الْحَيْضِ.

(أَمَّا حُكْمُهُ)، فَهُوَ تَحْرِيمُ الْأَسْتِمْتَاعِ إِلَّا فِي الْمَسِيئَةِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْرُمُ إِلَّا وَطُوءَهَا.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يَحْرُمُ الْأَسْتِمْتَاعُ.

(وَأَمَّا شَرْطُهُ)، فَإِنْ يَفْعَ بَعْدَ حُصُولِ مِلْكٍ لَازِمٍ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَفْعَ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرَاةِ

(و)، وَلَا يَجُوزُ فِي الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَيَجُوزُ فِي الْوَصِيَّةِ، وَلَكِنْ بَعْدَ الْقَبُولِ وَمَوْتِ الْمُوصِي، وَلَا

يَجُوزُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، إِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لِلْمُشْتَرِي، فَهُوَ كَمَا قَبْلَ الْقَبْضِ

وَأَضْعَفُ، وَلَوْ كَانَتْ مَجُوسِيَّةً، أَوْ مُرْتَدَّةً، فَاسْتَلَمَتْ بَعْدَ أَنْقِضَاءِ حَيْضَةِ بَعْدَ الْمِلْكِ، فَفِيهِ خِلَافٌ؛

لِعَدَمِ مَطْنَةِ الْأَسْتِخْلَالِ، وَلَوْ تَعَدَّى بَوَاطِنَهَا قَبْلَ الْأَسْتِبْرَاءِ، لَمْ يَنْقَطِعِ الْأَسْتِبْرَاءُ، فَإِنْ أَحْبَلَهَا، وَهِيَ

حَائِضٌ، حَلَّتْ لِمَتَامِ الْحَيْضِ؛ بِسَبَبِ أَنْقِطَاعِهِ بِالْحَمْلِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي السَّبَبِ)، وَهُوَ اثْنَانِ:

= القولين جميعاً احتياطاً من الوارث كمال الموروث، وحكى صاحب الكتاب في «الوسيط» وغيره وجهين

تفريعاً على قول عدم الوجوب لا على قول الوجوب [ت].

(١) الاستبراء مأخوذ من التبرئ، وهو التخلص، وإن كان مصدراً إلا أن المزيد يؤخذ من المجرد، ومما هو

أقل منه زيادة. وهو لغة الاستقصاء، والبحث، والكشف عن الأمر الغامض وشرعاً: هو الكشف عن حال

الأرحام عند انتقال الأملاك؛ مراعاة لحفظ النسب.

وقال ابن عرفة مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق.

(٢) قال الرافعي: «ولا يكفي بقية حيضة» وقيل: إنه ظهر الخلاف فيه قولان ويقال: وجهان [ت].

(٣) قال الرافعي: «والمستولدة إذا عقت استبرأت بقرء واحد». المسألة مذكورة من بعد، ولو لم يذكرها في

هذا الموضع لم يضر [ت].

(الْأَوَّلُ): حُصُولُ الْمَلِكِ بِإِزْثٍ، أَوْ هَبَّةٍ، أَوْ بَيْعٍ، أَوْ فَنَسْخٍ (ح)، أَوْ إِقَالَةٍ (ح)، وَإِنْ كَانَ الْاِنْتِقَالُ مِنْ أَمْرٍ، أَوْ صَبِيٍّ، وَجَبَ أَنْصَاً، وَيَجِبُ فِي الْبُكَرِ [و] ^(١) وَالصَّغِيرَةِ [م] ^(٢) وَالْأَيْسَةِ، وَلَا يُجْزَى اسْتِبْرَاؤُهَا قَبْلَ الْبَيْعِ، وَيَجِبُ [ح] ^(٣) اسْتِبْرَاءُ الْمُكَاتَبَةِ، إِذَا عَادَتْ إِلَى الرَّقِّ بِالْعَجْزِ، وَلَا أَثَرُ لِتَحْرِيمِ الصَّوْمِ وَالزَّهْنِ، أَمَّا زَوَالُ تَحْرِيمِ الرَّذَّةِ وَالْإِخْرَامِ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَكَذَا فِي زَوَالِ تَحْرِيمِ التَّزْوِيجِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَسِيسِ، وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، فَعَادَتْ إِلَيْهِ بِالْفَنَسْخِ، فَيَجِبُ الْاسْتِبْرَاءُ، إِنْ قُلْنَا بِزَوَالِ مَلِكِهِ، أَوْ بِتَحْرِيمِ الْوَطْءِ، وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ وَجَبَ الْاسْتِبْرَاءُ عَلَى وَجْهِ لَتَبَدُّلِ جِهَةِ الْحِلِّ وَتَجَدُّدِ الْمَلِكِ وَلَوْ اشْتَرَى مُعْتَدَّةً، أَوْ مُرُوجَةً، اسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ أَوْ الطَّلَاقِ.

وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَجِبْ عِنْدَ التَّمْلُكِ، فَلَا يَجِبُ بَعْدَهُ.

(السَّبَبُ الثَّانِي): زَوَالُ الْفَرَّاشِ عَنِ الْأَمَةِ (ح) الْمَوْطُوءَةِ ^(٤) وَالْمُسْتَوْلَدَةِ بِالْعَتَقِ، أَمَّا بِالْإِغْتِقِ أَوْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، يُوجِبُ التَّرْتِصَ بَقَرَاءً وَاحِدٍ، وَمَنْ أَرَادَ تَزْوِيجَ الْأَمَةِ الْمَوْطُوءَةِ، فَعَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ بِخِيَصَةٍ (ح) قَبْلَ التَّزْوِيجِ، وَلَوْ اسْتَبْرَأَهَا، ثُمَّ أَعْتَقَهَا، لَمْ يَجْزُ تَزْوِيجُهَا عَلَى وَجْهِهِ، إِلَّا بَعْدَ التَّرْتِصِ بَقَرَاءً؛ عَلَى وَجْهِهِ ^(٥)؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ أَوْجَبَ ذَلِكَ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ زَوَّجَهَا الْمُشْتَرِي، وَقَدْ اسْتَبْرِئَتْ قَبْلَ الشُّرَاءِ.

وَقِيلَ: ذَلِكَ يَمْتَنِعُ فِي الْمُسْتَوْلَدَةِ، دُونَ الرَّقِيقَةِ لِشَبِّهِ فِرَاشَهَا بِفَرَّاشِ النِّكَاحِ، وَالْمُسْتَوْلَدَةُ الْمُرُوجَةُ إِذَا أَعْتِقَتْ، فَفِي وَجُوبِ الْاسْتِبْرَاءِ عَلَيْهَا خِلَافٌ ^(٦)، وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ، وَأَرَادَ أَنْ يَنْكِحَهَا فِي مُدَّةِ التَّرْتِصِ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَالْمُسْتَوْلَدَةُ الْمُرُوجَةُ إِذَا مَاتَ زَوْجُهَا وَسَيِّدُهَا، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ أَوَّلًا، فَعَلَيْهَا لَوْفَاةُ الزَّوْجِ عِدَّةُ الْحَرَائِرِ، وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ أَوَّلًا، فَعَلَيْهَا عِدَّةُ الْإِمَاءِ، وَبَعْدَ ذَلِكَ عَلَيْهَا التَّرْتِصُ لِلْسَّيِّدِ بِخِيَصَةٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، إِنْ لَمْ تَحْضُ فِي مُدَّةِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ مَاتَا مَعًا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ عِدَّتَهَا عِدَّةُ الْإِمَاءِ، وَمَهْمَا قَالَتْ: حِضْتُ، حَلَّ لِلْسَّيِّدِ، وَطَوَّهَا فِي الْاسْتِبْرَاءِ وَلَوْ أَمْتَنَعَتْ عَلَى السَّيِّدِ فَقَالَ أَخْبِرْنِي بِتِمَامِ الْاسْتِبْرَاءِ صُدِّقَ السَّيِّدُ وَهَلْ لَهَا أَنْ تُحْلَفَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَتْ تَحْرِيمًا بِسَبَبِ وَطْءِ الْمُورَثِ، فَهَلْ تُسْمَعُ دَعْوَاهَا لِلتَّخْلِيفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْفَضْلُ الثَّالِثُ) فِيمَا تَصِيرُ بِهِ الْأَمَةُ فِرَاشًا، وَهُوَ الْإِفْرَازُ (ح) بِالْوَطْءِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى الْاسْتِبْرَاءِ،

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) قال الرافعي: «زوال الفرش عن الأمة الموطوءة» والتعرض للفرش يغني عن ذكر الوطء فإنها به تكون فِرَاشًا [ت].

(٥) قال الرافعي: «فلو استبرأها ثم أعتقها لم يجز تزويجها إلا بعد الترتيص بقراء على وجه» قيل: هو قول [ت].

(٦) قال الرافعي: «والمستولدة المزوجة إذا عتقت ففي وجوب الاستبراء عليها خلاف» قولان [ت].

فَإِنْ أَدَّعَى الْأَسْتَبْرَاءَ بَعْدَ الْوَطْءِ، لَمْ يَلْحَقْهُ الْوَلَدُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ.

وَقِيلَ: يَلْحَقُ، وَلَا يَنْتَفِي إِلَّا بِاللَّعَانِ، وَلَوْ أَدَّعَتْ أُمِّيَّةُ الْوَلَدِ، فَلَهَا تَخْلِيْفُهُ، فَيَخْلِفُ أَنَّهُ مَا وَطَّئَهَا بَعْدَ الْحَيْضِ.

وَعَلَى وَجْهِ يَقُولُ فِي الْيَمِينِ: وَلَيْسَ الْوَلَدُ مِنِّي.

وَلَوْ أَتَتْ بَعْدَ إِفْرَارِ الْوَطْءِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَهَذَا أَوَّلَى بِالْأَلْحَقِّ مِنْ صُورَةِ دَعْوَى الْأَسْتَبْرَاءِ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْوَلَدِ الَّذِي لَا يُنْكَحُ إِلَّا مِنْ وَطْءٍ آخَرَ، وَكَأَنَّ هَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهَا لَا تَصِيرُ فِرَاشاً بِمُجَرَّدِ الْإِفْرَارِ، وَلَكِنْ مَا يَقْتَضِيهِ الْإِفْرَارُ يُؤَاخِذُ بِهِ، وَلَوْ أَدَّعَى الْعَزْلَ، لِحَقِّهِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِإِثْنَانِهَا فِي غَيْرِ الْمَأْتَى، لَمْ يَلْحَقْهُ الْوَلَدُ، وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ، فَوَلَدَتْ لِرِمَانٍ يُحْتَمَلُ مِنَ الْمَلَكَيْنِ، لِحَقِّهِ (و) فَلَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ مَالِمَ يُقَرَّرَ بِالْوَطْءِ، فَإِنْ أَقَرَّ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مِنَ النِّكَاحِ، فَفِي أُمِّيَّةِ الْوَلَدِ مَعَ الْإِحْتِمَالِ تَرَدُّدٌ.

كِتَابُ الرِّضَاعِ، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ:

(الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَزْكَائِهِ)

وَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

(الْأَوَّلُ: الْمُرْضِعَةُ)، وَهِيَ كُلُّ أَمْرَأَةٍ حَيَّةٍ تَخْتَمِلُ الْوِلَادَةَ؛ فَلَا حُكْمَ لِلَبَنِ الْبَهِيمَةِ، وَلَا لِلَبَنِ الرَّجُلِ^(١) (ح و)، وَلَا لِلَبَنِ الْمَيْتَةِ (ح م)، فَإِنْ حُلِبَ لَبَنُهَا، فَمَاتَتْ، فَشَرِبَ الصَّبِيُّ بَعْدَ مَوْتِهَا، حَرَمٌ؛ عَلَى أَصَحِّ الْمَذْهَبَيْنِ (و)، وَلَا حُكْمَ لِلَبَنِ الصَّغِيرَةِ دُونَ تِسْعِ سِنِينَ، وَبَعْدَ تِسْعِ سِنِينَ يُحَرَّمُ لَبَنُهَا؛ لِاخْتِمَالِ الْبُلُوغِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُجَرَّدُ اللَّبَنِ دَلِيلَ الْبُلُوغِ، وَفِي لَبَنِ الْبَكْرِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يُؤْتَرُ.

(الثَّانِي: اللَّبَنُ)، وَالْمُعْتَبَرُ وَضُوءٌ عَيْنِهِ أَوْ عَيْنِ مَا حَصَلَ مِنْهُ مِنْ جُبْنِ (ح)، أَوْ أَقِطِ (ح)، سَوَاءً كَانَ صِرْفًا أَوْ مَخْلُوطًا بِمَا عِ، مَا لَمْ يَصِرْ مَغْلُوبًا بِحَيْثُ لَا يُؤْتَرُ فِي التَّغْذِيَةِ قِطْعًا، فَإِنْ صَارَ مَغْلُوبًا؛ فَإِنْ أَمْتَزَجَ بِأَقْلٍ مِنْ قُلْتَيْنِ^(٢)، وَشَرِبَ الصَّبِيُّ كُلَّهُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ شَرِبَ بَعْضَهُ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، فَإِنْ أَمْتَزَجَ بِقُلْتَيْنِ، وَشَرِبَ بَعْضَهُ، لَمْ يُؤْتَرِ، وَإِنْ شَرِبَ كُلَّهُ، فَقَوْلَانِ؛ فَلَا يَخْسَنُ أَعْيَارُ الْقُلْتَيْنِ مِنْ غَيْرِ الْمَاءِ.

(الثَّالِثُ: الْمَحْلُ)، وَهُوَ مِعْدَةُ الصَّبِيِّ الْحَيِّ، فَلَا أَثَرَ لِلْإِصْصَالِ إِلَى مِعْدَةِ الْمَيْتِ، وَلَا إِلَى جَوْفِ الْكَبِيرِ، أَعْنِي بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ.

وَأَمَّا الْحَقْنَةُ وَالسَّعُوطُ^(٣) وَالتَّقْطِيرُ فِي الْإِخْلِيلِ وَالْجِرَاحَةِ، فَحَيْثُ لَا إِفْطَارَ لَا تَحْرِيمٌ، وَحَيْثُ يَخْصُلُ الْإِفْطَارُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَأَوَّلَاهُمَا بِالتَّحْرِيمِ السَّعُوطُ؛ لِاتِّصَالِ الدَّمَاعِ بِالمِعْدَةِ، وَشَرْطُ الرِّضَاعِ الْعَدَدُ، (ح م و) وَهُوَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ، وَيَخْصُلُ التَّغْدِيدُ بِتَخَلُّلِ فَضْلِ بَيْنِ الرَضَعَاتِ، وَلَا يَخْصُلُ بَأَنَّهُ يَلْفِظُ الصَّبِيُّ الثَّدْيَ أَوْ يَتَحَوَّلَ إِلَى الثَّانِي، أَوْ يَلْهَوْ لَخْطَةً، بَلْ مَا يُعَدُّ فِي الْعُرْفِ وَالتَّمْيِيزِ رَضَعَتَيْنِ.

(فَرَعٌ): لَوْ شَكَّكُنَا فِي الْعَدَدِ، فَلَا تَحْرِيمٌ، وَإِنْ شَكَّكُنَا فِي وَفُوعِهِ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ، فَقَدْ تَقَابَلَ أَصْلَانِ، وَهُوَ بَقَاءُ الْمُدَّةِ وَعَدَمُ التَّحْرِيمِ، لَكِنَّ الْأَصَحَّ (و) أَنَّهُ لَا تَحْرِيمَ إِلَّا

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وإن صار مغلوباً فإن امتزج بأقل من قلتين إلى آخره». هذا طريق والطريق الأظهر أنه لا فرق بين الماء وغيره من المائعات، بل تتعلق الحرمة بالمخلوط إن كان اللبن غالباً، وإن كان مغلوباً ففي قول: لا يتعلق به التحريم، والأصح التعلق، وعلى هذا فإن شربه كله ثبت التحريم، وإن شرب بعضه فلا يثبت في أصح الوجهين [ت].

(٣) قال الرافعي: «وأما الحقنة والسعوط إلى آخره» الذي ذكره في السعوط وهو إثبات الخلاف أحد الطريقين، والأصح القطع بنبوت التحريم [ت].

بَيِّقِينَ^(١).

(قَاعِدَةٌ): لَوْ كَانَ لِلرَّجُلِ خَمْسُ مُسْتَوْلَدَاتٍ، أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَمُسْتَوْلَدَةٍ، فَأَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِلَبَانِهِ مَرَّةً، لَمْ يَحْرَمِ الْمُرْتَضِعُ عَلَيْهِنَّ، وَيَحْرَمُ عَلَى الْفَخْلِ (و)؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ الْعَدَدُ فِي حَقِّهِ، وَهُوَ لَيْسَ تَابِعًا لِلْأُمِّ؛ هَذَا أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَهُنَّ خَمْسُ بَنَاتٍ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانٍ، وَأَوَّلَى بِأَلَا يَخْضَلُ، وَالْأَخَوَاتُ كَالْبَنَاتِ، وَلَوْ كُنَّ مُخْتَلِفَاتٍ؛ كَأُمِّ وَبْنَتٍ وَأُخْتٍ وَزَوْجَةٍ وَجَدَّةٍ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لَا يَحْرَمُ؛ إِذْ لَا يَخْضَلُ مِنْ مَجْمُوعِهَا قَرَابَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ أَرْضَعَ خَمْسُ مُسْتَوْلَدَاتٍ عَلَى التَّوَالِي، فَهِيَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِتَعَدُّدِ الْمُرْضِعِ، وَقِيلَ: تَعَدُّدُ الْمُرْضِعَةِ كَتَعَدُّدِ الثَّدْيِ.

(البَابُ الثَّانِي: فِيمَنْ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ)

وَالْأَصُولُ فِيهِ الْمُرْتَضِعُ وَالْمُرْضِعَةُ وَالْفَخْلُ (و)، وَلَمَّا حُرِّمَتِ الْمُرْضِعَةُ عَلَى الرِّضِيعِ، حُرِّمَ أَيْضًا عَلَيْهِ أُمَهَائُهَا مِنَ الرِّضَاعِ، وَالنَّسَبِ؛ فَإِنَّهُنَّ جَدَّاتٌ، وَأَخَوَاتُهَا مِنَ النَّسَبِ وَالرِّضَاعِ خَالَاتٌ، وَأَوْلَادُهَا مِنَ الْجِهَتَيْنِ إِخْوَةٌ، وَكَذَلِكَ أَوْلَادُ الْإِخْوَةِ، وَكَذَلِكَ أَوْلَادُ الرِّضِيعِ أَخْفَادُ الْمُرْضِعَةِ، وَلَا يَحْرَمُ الْمُرْضِعَةُ عَلَى أَبِ الْمُرْتَضِعِ وَعَلَى أَخِيهِ، وَكَذَلِكَ زَوْجُ الْمُرْضِعَةِ أَبُو الْمُرْتَضِعِ، وَأَبُوهُ جَدُّهُ، وَأَخُوهُ عَمُّهُ، وَوَلَدُهُ أَخُوهُ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ، لَكِنْ يُغْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ اللَّبَنُ مِنْ وَلَدِ الْفَخْلِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مِنَ الزَّوْنِ أَوْ مُتَفَيِّئًا بِاللَّعَانِ، فَلَا نِسَبَةَ لِلْبَنِ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ، انْتَسَبَ الْوَلَدُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ أَيْضًا، فَلَوْ وَطِئَتِ الْمَنْكُوحَةُ بِالشُّبْهَةِ وَأَنْتَ يُولَدُ، يُحْتَمَلُ مِنْهُمَا، فَأَرْضَعَتْ صَغِيرَةً، فَهِيَ وَلَدٌ مَنْ يَنْبُتُ لَهُ نَسَبُ الْوَلَدِ؛ بِإِلْحَاقِ الْقَائِفِ، أَوْ بِانْتِسَابِ الصَّغِيرِ بَعْدَ بُلُوغِهِ^(٢)، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْانْتِسَابِ، انْتَسَبَ الرِّضِيعُ؛ عَلَى وَجْهِ بِنَفْسِهِ، وَبَيَّتِي مُسْتَبْهًا، عَلَى وَجْهِهِ، فَيَحْرَمُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا، وَفِي وَجْهِ ثَالِثٍ لَهُ أَنْ يُوَاصِلَ أُيُّهُمَا شَاءَ، وَلَكِنْ إِذَا وَاصَلَ أَحَدَهُمَا، امْتَنَعَ عَلَيْهِ الثَّانِي، وَلَوْ كَانَ لَبَنُ الْمُطَلَّاقَةِ دَارًا، فَرَضِيعُهَا ابْنُ الْمُطَلَّقِ، وَلَوْ بَعْدَ عَشْرِ سِنِينَ إِلَى أَنْ تَضَعَ حَمْلًا مِنْ وَطْءِ غَيْرِهِ؛ فَإِذَا ذَاكَ يَنْقَطِعُ نَسَبُ اللَّبَنِ عَنْهُ، أَمَّا فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ، فَالْلَّبَنُ (ح) لِلثَّانِي؛ عَلَى وَجْهِهِ^(٣) (و)، وَلِلْأَوَّلِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَهُمَا؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَهَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ قَدْ انْقَطَعَ، ثُمَّ عَادَ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ، فَهُوَ لِلْأَوَّلِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَهُمَا؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَا صَائِرٌ إِلَى تَخْصِصِهِ بِالثَّانِي.

(١) قال الرافعي: «لكن الأصح أنه لا تحريم إلا بيقين»، أي من القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو وطئت المنكوحة بالشبهة، وأنت يولد، يحتمل أن يكون منهما فأرضعت صغيرة إلى أن قال: أو بانتساب الصغير بعد بلوغه» لا ضرورة إلى التصوير في الصغيرة بل الصغير، كالصغيرة وإذا كان كذلك فالتذكير أولى، ولو طرح لفظ الصغير في قوله: أو بانتساب الصغير وقال بانتسابه بعد بلوغه أو بانتساب المولود كان أحسن. [ت]

(٣) قال الرافعي: «أما في مدة الحمل فاللبن للثاني على وجهه إلى آخره» هذه أقوال مشهورة لا وجوه، وكذا الحال في قوله: فهو للأول على وجهه، ولهما على وجهه [ت].

(البَابُ الثَّالِثُ فِي الرِّضَاعِ الْقَاطِعِ لِلنِّكَاحِ وَحُكْمِ الْغُرْمِ، وَفِيهِ أَصْلَانِ)

(الأوّل): إِذَا كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ أَوْ زَوْجَتُهُ بِلَبَانِهِ، أَنْفَسَخَ نِكَاحُهَا وَيَجِبُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ تَمَامُ مَهْرِ الْمِثْلِ (ح)؛ عَلَى قَوْلٍ، وَنِصْفُهُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَتَمَامُ الْمُسَمَى؛ عَلَى قَوْلٍ، وَنِصْفُهُ؛ عَلَى قَوْلٍ.

أَمَّا إِذَا كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتْ أُمُّ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ؛ حَتَّى صَارَتَا أُخْتَيْنِ، أُنْدَفَعَتَا جَمِيعًا، وَغُرِّمَتِ الْمُرْضِعَةُ مَهْرَ الْكَبِيرَةِ الْمَمْسُوسَةِ؛ عَلَى الْقَوْلِ الصَّحِيحِ.

وَفِي قَوْلٍ: لَا تُغْرَمُ شَيْئًا، كَمَا لَوْ أَرْتَدَّتِ الزَّوْجَةُ، وَالْغُرْمُ يَجِبُ بِفِعْلِهَا، فَلَوْ نَامَتْ، فَدَبَّتْ إِلَيْهَا الصَّغِيرَةُ، وَأَرْتَضَعَتْ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (و)، وَيَسْقُطُ مَهْرُ الصَّغِيرَةِ بِفِعْلِهَا، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. وَقِيلَ: لَهَا نِصْفُ الْمُسَمَى.

(الأصلُ الثَّانِي: الْمُصَاهَرَةُ)، وَقَدْ يَتَعَلَّقُ بِالرِّضَاعِ، فَمَنْ نَكَحَ رَضِيعَةً حُرِّمَ عَلَيْهِ مُرْضِعَتُهَا؛ لِأَنَّهَا أُمُّ زَوْجِهِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ أَبَانَ صَغِيرَةً، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ مَنْ أَرْضَعَتْهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَلَا نَظَرُ إِلَى التَّارِيخِ فِي ذَلِكَ، وَإِذَا نَكَحَتِ الْمُطَلَّقةُ صَغِيرًا أَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَانِ الزَّوْجِ، حُرِّمَتِ الْمُرْضِعَةُ عَلَى الْمُطَلَّقِ، لِأَنَّهَا صَارَتْ زَوْجَةَ الرِّضِيعِ، وَالرِّضِيعُ ابْنُ الْمُطَلَّقِ، وَكَذَلِكَ الْمُسْتَوْلَدَةُ، وَإِذَا نَكَحَ زَيْدٌ كَبِيرَةً وَعَمَرُو صَغِيرَةً، فَطَلَقَاهُمَا، ثُمَّ نَكَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَةً صَاحِبِهِ، فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ، حُرِّمَتِ الْكَبِيرَةُ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهَا أُمُّ الصَّغِيرَةِ الَّتِي كَانَتْ زَوْجَتَهُمَا، وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ، فَزَيْدَتُهَا، لِأَنَّهَا بِنْتُ الْكَبِيرَةِ، فَيُنْظَرُ إِلَى أَنَّ الْكَبِيرَةَ مَدْخُولٌ بِهَا أَمْ لَا.

وَيَتَشَعَّبُ مِنْ هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ فُرُوعٌ:

(الأوّل): إِذَا كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتْهَا الْكَبِيرَةُ بِلَبَانِهِ، حُرِّمَتَا أَبَدًا؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ أُمُّ زَوْجَتِهِ، وَالصَّغِيرَةَ بِنْتُهُ، وَإِنْ كَانَ بِلَبَانٍ غَيْرِهِ، لَمْ تَصِرِ الصَّغِيرَةُ بِنْتًا، بَلْ رَبِيبَةً مُحَرَّمَةً، إِنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا، وَإِنَّمَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُهَا؛ لِأَنَّهَا أَجْتَمَعَتْ مَعَ الْأُمِّ فِي النِّكَاحِ فَيَنْدَفِعَانِ، وَلَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِ الصَّغِيرَةِ.

(الثَّانِي:) لَوْ كَانَ مَعَ الْكَبِيرَةِ ثَلَاثُ صَغَائِرَ، فَأَوْجَرْتُهُنَّ لَبَنَهَا الْمَخْلُوبَ فِي دَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ، أُنْدَفَعَ نِكَاحُ الصَّغَائِرِ؛ لِلْأُخُوَّةِ بَيْنَهُنَّ؛ وَلِلْاجْتِمَاعِ مَعَ الْأُمِّ، وَلَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِهِنَّ سِوَى الْكَبِيرَةِ، فَإِنْ كَانَ بِلَبَانِهِ، حُرِّمْنَ عَلَى التَّائِيدِ، وَلَوْ أَرْضَعَتِ الْأُولَيَيْنِ مَعًا، ثُمَّ الثَّالِثَةَ، لَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُهَا مَعَ الْمُرْضِعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ، وَلَمْ يَنْفَسَخْ نِكَاحُ الثَّالِثَةِ؛ فَإِنَّهَا أَرْضَعَتْ بَعْدَ أُنْدِفَاعِ نِكَاحِ أُمِّهَا فَأُخْتَيْهَا، وَلَوْ أَرْضَعَتِ الْجَمِيعَ؛ عَلَى الثَّوَالِي، أُنْدَفَعَ نِكَاحُ الْكَبِيرَةِ مَعَ الْأُولَى، وَلَمْ يَنْفَسَخْ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ فِي الْحَالِ، وَيَنْفَسَخُ نِكَاحُ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ أَرْضَعَتْهَا، وَتَحْتَهُ الثَّانِيَةُ، وَهَلْ يَخْتَصُّ الْأُنْدِفَاعُ بِالثَّالِثَةِ، أَمْ يُقَالُ: هِيَ وَإِنْ كَانَتْ آخِرَةً وَسَبَبًا لِلْاجْتِمَاعِ، فَلَيْسَتْ بِأُولَى مِنَ الثَّانِيَةِ، فَيَنْدَفِعَانِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَكَذَا لَوْ أَرْضَعَتْ أُجْنَبِيَّةٌ صَغِيرَتَيْنِ تَحْتَ زَوْجٍ؛ عَلَى الثَّوَالِي، أُنْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ، وَفِي الْأُولَى الْقَوْلَانِ.

(الثالث): تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرَ، وَلِلْكَبِيرَةِ ثَلَاثُ بَنَاتٍ، أَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ صَغِيرَةً، صَارَتْ الْكَبِيرَةُ جَدَّةَ الصَّغَائِرِ، وَحُرِّمَتْ عَلَى التَّائِيدِ، وَأَمَّا الصَّغَائِرُ، صِرْنَ رَبَائِبَ، فَيَحْرَمْنَ عَلَى التَّائِيدِ، إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِالْكَبِيرَةِ.

(البَابُ الرَّابِعُ: فِي النِّزَاعِ)

فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى الرِّضَاعِ، أَغْنَى الزَّوْجَيْنِ، فَلَا مَهْرَ، وَأَنْدَفَعَ النِّكَاحُ، وَإِنْ أَدَّعَى الزَّوْجُ، وَأَنْكَرَتْ، أَنْدَفَعَ النِّكَاحُ، وَلَمْ يَنْسَقُطْ مَهْرُهَا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ وَإِنْ أَدَّعَتْ هِيَ وَأَنْكَرَ لَمْ يَنْدَفِعِ النِّكَاحُ وَلَكِنَّهَا لَا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ، فَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ (و) مَقْبُوضًا، لَمْ يَقْدِرِ الزَّوْجُ عَلَى اسْتِزْدَادِهِ مَعَ الْإِنْكَارِ، وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الْحَلْفِ، فَيُخْلَفُ مُدَّعِي الرِّضَاعِ عَلَى الْبَتِّ (و)، وَمُنْكَرُهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، أَمَّا الشَّهَادَةُ، فَتَنْبُتُ (ح) بِقَوْلِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، فَإِنْ شَهِدَتْ أُمُّهَا وَأَبْنَتُهَا، وَهِيَ مُنْكَرَةٌ، قُبِلَ، وَإِنْ كَانَتْ مُدَّعِيَةً، فَلَا، وَيُقْبَلُ أَبْتِدَاءً مِنْهُمَا بِطَرِيقِ الْحُسْبَةِ، وَيُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُرْضِعَةِ؛ لِأَنَّ فِعْلَهَا غَيْرُ مَقْصُودٍ بِالْإِبْتِاتِ، بَلْ وَصُولُ اللَّبَنِ، إِلَّا أَنْ يَطْلُبَ الْأُجْرَةَ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا، وَإِنَّمَا يَعْرِفُ الشَّاهِدُ وَصُولَ اللَّبَنِ إِلَى الْجَوْفِ بِقَرِينَةٍ مُشَاهِدَةٍ أَلَّا لِيَتَقَامَ، وَالتَّجَرُّعُ، وَحَرَكَةُ الْحَلْقِ، ثُمَّ يَشْهَدُ عَلَى الْبَتِّ؛ بِأَنَّ بَيْنَهُمَا رِضَاعًا مُحَرَّمًا^(١)، وَإِنْ شَهِدَ عَلَى فِعْلِ الْإِرْضَاعِ، فَلْيَذْكُرِ الْوَقْتَ وَالْعَدَدَ، وَهَلْ عَلَيْهِ ذِكْرُ وَصُولِ اللَّبَنِ إِلَى الْجَوْفِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا يَكْفِي أَنْ يَخْكِيَ الْقَرَائِنَ؛ فَيَقُولُ: رَأَيْتُهُ قَدْ أَلْتَمَمَ الثَّدْيَ، وَحَلَقَهُ يَتَحَرَّكُ.

(١) قال الرافعي: «لم يشهد على البت أن بينهما رضاعاً محرماً» ظاهره قبول الشهادة المطلقة هكذا، وهو وجه والأكثر على أنه لا بد من التفصيل، والتعرض للشرائط [ت].

كِتَابُ النِّفَقَاتِ

وَأَسْبَابُهَا ثَلَاثَةٌ: النِّكَاحُ، وَالْقَرَابَةُ، وَالْمِلْكُ.

السَّبَبُ الْأَوَّلُ: النِّكَاحُ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ:

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي قَدْرِ النِّفْقَةِ وَكَيْفِيَّتِهَا، وَفِيهِ فُصُلَانِ)

(الفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي وَاجِبَاتِ النِّفْقَةِ)، وَهِيَ سِتَّةٌ:

(الوَاجِبُ الْأَوَّلُ):

الطَّعَامُ، وَهُوَ مُدٌّ (ح م و) عَلَى الْمُعْسِرِ، وَمُدَّانِ (ح م و) عَلَى الْمُوسِرِ، وَمُدٌّ وَنِصْفُ (ح م و) عَلَى الْمُتَوَسِّطِ، وَلَا تُعْتَبَرُ الْكِفَايَةُ (ح م ز)، وَلَا يُعْتَبَرُ حَالُ الْمَرْأَةِ (ح) فِي مَنْصِبِهَا، وَالْمُعْسِرُ هُوَ الَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ، وَهُوَ الْمِسْكِينُ الَّذِي يَأْخُذُ سَهْمَ الْمَسَاكِينِ، وَالْمُتَوَسِّطُ هُوَ الَّذِي لَوْ كُلِّفَ مُدَّيْنِ، لَرَجَعَ إِلَى الْمَسْكِنَةِ، وَمَنْ جَاوَزَ ذَلِكَ، فَهُوَ مُوسِرٌ (و)، وَالْمُكَاتِبُ وَالْعَبْدُ مُعْسِرَانِ، وَكَذَا مَنْ نِصْفُهُ (ز) حُرٌّ، وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، أَمَّا جِنْسُ الطَّعَامِ، فَغَالِبُ قُوْتِ الْبَلَدِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَمَا يَلِيقُ بِالزَّوْجِ.

(الوَاجِبُ الثَّانِي): الْأَذْمُ، وَهُوَ مِكْيَلَةُ زَيْتٍ أَوْ سَمْنٍ كُلِّ يَوْمٍ تَقْرِيْبًا، وَرَظْلُ لَحْمٍ فِي الْأُسْبُوعِ لِلْمُعْسِرِ (و ز)، وَرَظْلَانِ لِلْمُوسِرِ.

وَقِيلَ: يُزَادُ عَلَيْهِ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ، إِذَا كَانَتْ الْعَادَةُ تَقْتَضِيهِ، وَلَوْ تَبَرَّمَتْ بِجِنْسٍ وَاحِدٍ مِنَ الْأَذْمِ، فَلَهَا السَّغْيُ فِي الْإِبْدَالِ، وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ الْأَذْمُ، وَإِنْ لَمْ تَأْكُلْ.

(الوَاجِبُ الثَّالِثُ): نَفَقَةُ الْخَادِمَةِ لِمَنْ يَفْتَضِي مَنْصِبَهَا الْخِدْمَةَ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ شِرَاءُ خَادِمَةٍ وَتَمْلِيكُهَا، وَلَكِنْ يَجِبُ الْإِخْدَامُ بِاسْتِئْجَارِ حُرَّةٍ، أَوْ اسْتِخْدَامِ مَمْلُوكَةٍ، أَوْ الْإِنْتِفَاقِ عَلَى جَارِيَتِهَا، وَلِلْخَادِمَةِ مُدٌّ عَلَى الْمُعْسِرِ، وَمَنْ^(١) عَلَى الْمُوسِرِ، وَلَا مَزِيدَ، وَهُوَ قَدْرُ كِفَايَتِهَا فِي الْغَالِبِ^(٢)، وَفِي اسْتِحْقَاقِهَا الْأَذْمَ وَجَهَانِ.

وَلَوْ خَدَمَتْ بِنَفْسِهَا، فَلَيْسَ (و) لَهَا نَفَقَةُ الْخَادِمَةِ، وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَتَوَلَّى الْخِدْمَةَ فِيمَا لَا يَسْتَحْيِي مِنْهُ^(٣)؛ لِيُخَفَّفَ عَنْ نَفْسِهِ بَعْضَ مُؤَنَةِ الْخَادِمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ إِبْدَالُ خَادِمَتِهَا الْمَأْلُوقَةِ إِلَّا بِرَبِيبَةٍ، وَلَهُ أَنْ

(١) فِي ب: مَدٌ وَثَلْثٌ.

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلِلْخَادِمَةِ مُدٌّ عَلَى الْمُعْسِرِ: إِلَى قَوْلِهِ: وَهُوَ قَدْرُ كِفَايَتِهَا فِي الْغَالِبِ» أَشَارَ بِهِ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي الْوَسِيطِ أَنَّ ذَكَرَ الْمَدَ وَالثَّلْثَ. عَلَى التَّقْرِيبِ وَالصَّحِيحِ أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَى كِفَايَتِهَا، وَظَاهِرٌ مَا أَجْرَاهُ الْأَصْحَابُ التَّقْدِيرَ. [ت]

(٣) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَتَوَلَّى الْخِدْمَةَ فِيمَا لَا يَسْتَحْيِي مِنْهُ إِلَى آخِرِهِ» يَرِيدُ مَا لَا يَسْتَحْيِي مِنْهُ كَغَسْلِ الثَّوْبِ وَاسْتِئْقَاءِ الْمَاءِ وَالْكَنْسِ وَالطَّبْخَ مَا يَسْتَحْيِي مِنْهُ كَصَبِ الْمَاءِ عَلَى يَدَيْهَا، وَحَمْلَهُ إِلَى الْمُسْتَحِمِّ، وَغَسْلَ =

يُخْرِجَ سَائِرَ خَدَمَتِهَا سِوَى الْوَاحِدَةِ؛ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهِ سُكْنَاهُنَّ، بَلْ لَهُ مَنَعٌ أَبَوَيْهَا مِنَ الدُّخُولِ، وَمَنَعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ لِلزِّيَارَةِ، وَالزِّيَقَةِ الْمَنْكُوحَةِ الَّتِي تُخَدِّمُ لِحِمَالِهَا، تَسْتَحِقُّ نَفَقَةَ الْخَادِمِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الْوَجِبُ الرَّابِعُ) الْكُسُوءُ، وَهِيَ فِي الصَّنِيفِ خِمَارٌ وَقَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ وَمُكَعَّبٌ^(١)، وَفِي الشَّتَاءِ يَزِيدُ الْجُبَّةُ، وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ لَيِّنِ الْبَصَرَةِ لِلْمُوسِرِ، أَغْنَى الْكِزْبَاسَ، وَمِنْ غَلِيظِهِ لِلْمُعْسِرِ، وَمَا بَيْنَهُمَا لِلْمُتَوَسِّطِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ عَادَتِهَا الْحَرِيرُ وَالْكَثَّانُ، لَمْ يَلْزَمْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ فَإِنَّهُ رُغُونَةٌ، وَلَا بُدَّ مَعَ ذَلِكَ مِنْ مِلْحَفَةٍ وَشِعَارٍ^(٢) وَمُضْرَبَةٍ (و) وَثِيْرَةٍ وَمِخْدَةٍ وَلَبَدٍ تَحْتَهُ أَوْ حَصِيرٍ.

وَهَلْ لَهَا طَلَبٌ زِلَّةٍ^(٣) تُفْرَشُ نَهَارًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا بُدَّ مِنَ آلَةِ الطَّبْنِخِ، وَآلَةِ الشَّرْبِ مِنْ كُوزٍ وَجَرَّةٍ وَقِدْرٍ وَمِغْرَفَةٍ، وَيَكْفِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الْحَرْفِ وَالْحَجَرِ وَالْخَشَبِ، وَكُسُوءُ الْخَادِمَةِ أَخْشَنُ جِنْسًا، وَطَعَامُهَا مِثْلُ طَعَامِ الْمَخْدُومَةِ، وَفِي جِنْسِ إِدَامِهَا تَرَدُّدٌ، وَتَسْتَحِقُّ الْخَادِمَةُ الْخُفَّ دُونَ الْمَخْدُومَةِ.

(الْوَجِبُ الْخَامِسُ: آلَةُ التَّنْظِيفِ)، وَهُوَ الْمِسْطُ وَالذُّهْنُ، وَلَا يَجِبُ الْكُخْلُ وَالطَّيْبُ، وَيَجِبُ الْمَرْتَكُ لِلضَّنَانِ، وَلِلزَّوْجِ مَنَعُهَا مِنْ تَعَاطِي الثَّوْمِ، وَمَا لَهُ رَائِحَةُ مُؤَذِّيَّةٍ، وَمِنْ تَنَاوُلِ الشَّمِّ، وَهَلْ لَهُ الْمَنَعُ مِنَ الْأَطْعِمَةِ الْمُمْرِضَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا تَسْتَحِقُّ الدَّوَاءَ لِلْمَرَضِ، وَلَا أَجْرَةَ الْحِجَامَةِ، وَلَا أَجْرَةَ الْحَمَامِ إِلَّا إِذَا أَشْتَدَّ الْبَرْدُ^(٤)، وَالْخَادِمَةُ لَا تَسْتَحِقُّ آلَةَ التَّنْظِيفِ.

(الْوَجِبُ السَّادِسُ: السُّكْنَى)، وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا دَارًا تَلِيْقُ بِهَا؛ إمَّا بِعَارِيَّةٍ، أَوْ بِإِجَارَةٍ، أَوْ مِلْكٍ.

(الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ الْإِنْفَاقِ)، أَمَّا الطَّعَامُ، فَيَجِبُ فِيهِ تَمْلِيْكُ الْحَبِّ وَمُؤَنَةُ الطَّخَنِ وَالْخَبْرِ وَإِضْلَاحُ اللَّحْمِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا الْأَكْلَ مَعَهُ، فَإِنْ كَانَتْ تَأْكُلُ، سَقَطَ نَفَقَتُهَا؛ عَلَى أَحْسَنِ الْوَجْهَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ تَعْتَاضَ الدَّرَاهِمَ عَنِ التَّفَقُّ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ أَخَذَتْ الْخَبْرَ، فَهُوَ أَوْلَى بِالْمَنَعِ، لِمَا فِيهِ مِنَ الرِّبَا، وَلَهَا طَلَبُ التَّفَقُّ صَبِيحَةَ كُلِّ يَوْمٍ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا الصَّبْرُ إِلَى اللَّيْلِ، وَلَوْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ لَا يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ نَشَرَتْ يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةُ أَيَّامٍ، مَلَكَتْ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يُسْتَرَدُّ بِالنُّشُوزِ، وَهَلْ يُسْتَرَدُّ بِالْمَوْتِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

= خرق الحيض، فليس له أن يتولاه، وهذا ذهاب إلى أن النوعين يتوظفان على الخادمة لكن في التهذيب وغيره، وهو الذي ينبغي أن يقال به: إن المراد من الخدمة في الباب ما يؤول إلى خاصيتها، وأما الطبخ والغسل والكنس فلا يجب على المرأة شيء منها ولا على الخادمة، بل هي على الزوج. [ت]

(١) الموشئي من البرود والأثواب. ينظر المعجم الوسيط ٧٩٠/٢.

(٢) قال الرافعي: «وملحفة وشعار» لم يتعرض الأكثرون للشعار وقيدوا الملحفة بالشتاء وبالبلاد الباردة. [ت]

(٣) الزلية: نوع من البسط. ينظر المعجم الوسيط (٣٩٨/١).

(٤) قال الرافعي: «ولا أجرة الحمام إلا إذا اشتد البرد» هذا وجه والأظهر وجوبها إلا إذا كانت من أهل القرى

الذين لا يعتادون دخول الحمام. [ت]

أَمَّا الْكُسُوءُ، فَيَكْفِي فِيهَا الْإِمْتِنَاعُ دُونَ التَّمْلِيكِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ كَالْمَسْكَنِ وَالْأَثَاثِ، وَلَوْ سَلِمَ إِلَيْهَا كُسُوءُ الصَّيْفِ، فَتَلَفَتْ فِي يَدِهَا، أَوْ أَتْلَفَتْ، فَعَلَيْهِ الْإِنْدَالُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِمْتِنَاعٌ، وَلَكِنْ عَلَيْهَا قِيَمَةُ الْمُتْلَفِ، وَإِنْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ الصَّيْفِ، يُسْتَرَدُّ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِمْتِنَاعٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَمْلِيكِ، فَوَجْهَانِ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي مُسْقَطَاتِ النِّفَقَةِ)

وَيَجِبُ النِّفَقَةُ بِالْعَقْدِ (ز) بِشَرْطِ عَدَمِ النُّشُورِ، وَعَلَى قَوْلِ تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ، فَعَلَى هَذَا لَوْ تَنَازَعَا فِي النُّشُورِ، فَعَلَيْهَا بَيِّنَةُ التَّمْكِينِ؛ وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، عَلَيْهِ بَيِّنَةُ النُّشُورِ، وَتَسْتَحِقُّ الَّتِي لَمْ تُزَفَّ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، إِذَا كَانَتْ سَاكِتَةً؛ إِذْ لَا نُشُورَ، وَلَا تَسْتَحِقُّ عَلَى الثَّانِي؛ إِذْ لَا تَمْكِينَ.

وَمَوَانِعُ النِّفَقَةِ أَرْبَعَةٌ:

(الْمَانِعُ الْأَوَّلُ: النُّشُورُ)، وَمَنْعُ الْوَطْءِ وَالْإِسْتِمْتَاعِ نُشُورٌ، وَالْخُرُوجُ بغيرِ إِذْنِهِ نُشُورٌ، وَالْخُرُوجُ فِي بَعْضِ الْيَوْمِ يُسْقِطُ بَعْضَ النِّفَقَةِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَجَمِيعُهَا؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَتَجِبُ النِّفَقَةُ لِلرِّثَاءِ وَالْمَرِيضَةِ وَالْمَجْنُونَةِ؛ فَإِنَّ هَذِهِ أَغْدَاؤُ دَائِمَةٌ، وَتَسْقُطُ بِنُشُورِ الْمَجْنُونَةِ، وَلَوْ خَرَجَتْ فِي حَاجَةِ الزَّوْجِ بِإِذْنِهِ، فَلَهَا النِّفَقَةُ، وَإِنْ خَرَجَتْ فِي حَاجَةِ نَفْسِهَا، فَقَوْلَانِ، وَإِذَا أَمْتَنَعَتْ عَنِ الزَّوَاجِ بِغيرِ عُدْرٍ، فَتَأْثِيرُهُ، فَإِنْ كَانَتْ مَرِيضَةً يَضُرُّ بِهَا الْوَطْءُ، فَمَعْدُورَةٌ، وَلَا يُؤْتَمَنُ الرَّجُلُ فِي قَوْلِهِ: لَا أَطُوهَا، وَإِنْ أَنْكَرَ كَوْنَ الْوَطْءِ مُضِرًّا، ثَبَتَ بِقَوْلِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَهَلْ يَثْبُتُ بِقَوْلِ وَاحِدَةٍ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَلَوْ نَشَرَتْ بِالْخُرُوجِ عَنِ الْمَسْكَنِ، فَعَابَ الزَّوْجُ، فَعَادَتْ، لَمْ تَعُدِ النِّفَقَةُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(١)؛ حَتَّى يَفْضِيَ الْقَاضِي بِطَاعَتِهَا، أَوْ يَرْجِعَ الزَّوْجُ، أَوْ تَنْقُضِي مُدَّةَ إِمْكَانِ الرُّجُوعِ، وَإِذَا سَقَطَ نَفَقَتُهَا بِرَدِّتِهَا، عَادَتْ بِمُجَرَّدِ إِسْلَامِهَا دُونَ قَضَاءِ الْقَاضِي، عَلَى أَفْقِهِ الطَّرِيقَيْنِ.

(الْمَانِعُ الثَّانِي: الصَّغَرُ)، وَإِذَا زُوِّجَتْ صَغِيرَةً مِنْ بَالِغٍ، فَلَهَا النِّفَقَةُ، إِنْ قُلْنَا: تَجِبُ بِالْعَقْدِ. وَإِنْ قُلْنَا: تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ، فَلَا.

وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بِالْعَةِ مِنْ صَغِيرٍ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْوُجُوبِ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ جَانِبِهِ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ جَاهِلَةً بِصِغَرِهِ، اسْتَحَقَّتْ، وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ زُوِّجَتْ صَغِيرَةً مِنْ صَغِيرٍ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْأَلَّا تَجِبُ.

(الْمَانِعُ الثَّلَاثُ: الْعِبَادَاتُ)، وَإِذَا أُخْرِمَتْ بِإِذْنِهِ، فَقَدْ سَافَرَتْ فِي غَرَضِ نَفْسِهَا، وَهَلْ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا قَبْلَ الْخُرُوجِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أُخْرِمَتْ بِغيرِ إِذْنِهِ، وَقُلْنَا: لَهُ تَخْلِيلُهَا، فَلَهَا النِّفَقَةُ مَا دَامَتْ مُقِيمَةً؛ عَلَى أَشْهُرِ الْوَجْهَيْنِ.

(١) قال الرافعي: ولو نشزت بالخروج عن المسكن فغاب الزوج فعادت، لم تعد النفقة على أحد الوجهين
 قيل: هما قولان. [ت]

وَأِنْ قُلْنَا: لَا يُحْلَلُهَا، فَهِيَ نَاشِئَةٌ مِنْ وَقْتِ (و) الْإِحْرَامِ.

وَلَا تَنْقُطُ نَفَقَتُهَا بِصَوْمِ رَمَضَانَ، وَلَهُ مَنَعُهَا عَنْ تَوَافُلِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَفِي الرِّوَايَةِ وَجْهَانِ، وَصَوْمُ عَاشُورَاءَ وَعَرَفَةَ؛ كَالرِّوَايَةِ، لَا كَصَوْمِ الْاِثْنَيْنِ وَالْخَمِيسِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي مَنَعِهَا مِنَ الْفَرْصِ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ، وَفِي الْبِدَارِ إِلَى الْقَضَاءِ الَّذِي هُوَ عَلَى التَّرَاجِي، وَلَوْ مَنَعَهَا مِنْ صَوْمِ نَذْرِ بَعْدَ التَّكَاحِ، فَإِنْ لَمْ يُحْلَلْهَا، فَفِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ؛ كَمَا فِي الْإِحْرَامِ.

(الْمَانِعُ الرَّابِعُ: الْعِدَّةُ)، وَالْمُعْتَدَةُ الْمُطْلَقَةُ، إِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً^(١)، فَلَهَا النَّفَقَةُ إِلَّا إِذَا أُخْبِلَتْ مِنَ الشُّبْهِ، وَتَأَخَّرَتْ عِدَّةُ الزَّوْجِ، وَقُلْنَا: لَا رَجْعَةَ لَهُ فِي الْحَالِ، فَلَا نَفَقَةَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَهُ الرَّجْعَةُ، فَفِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ بِعَكْسِ ذَلِكَ.

وَأَمَّا الْبَائِنَةُ، فَلَهَا السُّكْنَى، وَلَيْسَ لَهَا النَّفَقَةُ^(٢) (ح)، إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا، وَالْفَسْخُ كَالطَّلَاقِ (و)، إِنْ حَصَلَ بِرَدِّهِ، وَإِنْ اسْتَنْدَ إِلَى اخْتِيَارِهَا أَوْ إِلَى غَيْبِهَا، سَقَطَ جَمِيعُ الْمَهْرِ، وَسَقَطَتِ النَّفَقَةُ^(٣)، إِلَّا إِذَا قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ، وَفِرَاقُ اللَّعَانِ يُضَافُ إِلَيْهَا؛ كَالْفَسْخِ، أَوْ يُحَالُ عَلَى فِعْلِ الزَّوْجِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ أَنْفَقَتْ عَلَى الْوَلَدِ الْمَنْفِيِّ بِاللَّعَانِ، ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ، فَلَهَا الرُّجُوعُ بِالنَّفَقَةِ؛ لِأَنَّ لِلزَّوْجَةِ وَلَايَةَ الْأَسْتِقْرَاضِ، بِدَلِيلِ قِصَّةِ هِنْدَ^(٤) (٥).

(١) قال الرافعي: والمعتدة المطلقة إن كانت رجعية لفظ المطلقة مُستغنى عنه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما البائنة فلها السكنى وليس لها النفقة»، قد سبق القول في السكنى في العدة، ولا حاجة إلى إعادته ها هنا. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن استند إلى اختيارها، أو إلى غيبها سقط جميع المهر، وسقطت النفقة». سقوط المهر مذكور في موضعه، ولا ضرورة إلى ذكره ها هنا. [ت]

(٤) قال الرافعي: «هند» هي بنت عتبة بن ربيعة زوجة أبي سفيان بن حرب، روت عنها عائشة رضي الله عنها، وقضية مجيئها إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وبنعتها إياه مشهورة. [ت]

(٥) قال الرافعي: «بدليل قصة هند» روى الشافعي عن سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هنداً بنت عتبة أنت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس لي منه إلا ما يُدْخِلُ عليّ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكِ بِالْمَعْرُوفِ».

ورواه البخاري عن محمد بن المثنى عن يحيى، ومسلم عن علي بن حجر عن علي بن مسهر برواية يحيى وابن مسهر عن هشام. [ت]

والحديث أخرجه أحمد (٥٠/٦)، والبخاري (٤٠٥/٤) كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، الحديث (٢٢١١)، ومسلم (١٣٣٨/٣) كتاب الأقضية، باب قضية هند، الحديث (١٧١٤/٧). أبو داود (٨٠٢/٣) كتاب البيوع، باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده، الحديث (٣٥٣٢) =

وَأَمَّا الْمُعْتَدَّةُ عَنْ شُبُهَةِ، إِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا، عَلَى أَقْفِهِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ خَلِيَّةً عَنِ النِّكَاحِ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى الْوَاطِئِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، فَبِهِ قَوْلَانِ يَنْبَغِيَانِ عَلَى أَنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمَلِ أَوْ لِلْحَامِلِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمَلِ، أَعْتَبِرَ كِفَايَتُهُ، وَلَمْ تَتَقَدَّرْ؛ عَلَى أَقْيَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْوَضْعِ، سَقَطَتْ؛ إِذْ لَا نَفَقَةَ لِلْقَرِيبِ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَامِلِ، فَهِيَ فِي التَّقْدِيرِ كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ^(١)، وَلَا تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ؛ عَلَى أَقْيَسِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ عُلْفَةَ الْحَنِسِ دَائِمَةٌ؛ وَكَأَنَّ الطَّلَاقَ أَوْجَبَهَا دَفْعَةً.

(فَرْغُ): الصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجِبُ تَعْجِيلُ النَّفَقَةِ قَبْلَ الْوَضْعِ^(٢) بِنَفْسِ الْحَمَلِ؛ لِظَاهِرِ الْآيَةِ، فَإِنْ بَانَ أَنَّ لَا حَمْلَ، أَسْتَرَدَّ، وَإِنْ تَأَخَّرَ، وَظَهَرَ الْحَمْلُ، وَجَبَ التَّسْلِيمُ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لِلْحَمَلِ؛ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ (و) بِمُضِيِّ الزَّمَانِ^(٣)، وَلَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الرَّقِيقِ، وَلَا عَلَى الْحُرِّ فِي الْمَوْلُودِ الرَّقِيقِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَامِلِ، وَجَبَ عَلَيْهِمَا.

(البَابُ الثَّالِثُ: فِي الْإِعْسَارِ بِالنَّفَقَةِ)

وَهُوَ مُوجِبٌ (ح) لِلْفَسْخِ؛ فِي أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ:

(الطَّرْفُ الْأَوَّلُ: فِي الْعَجْزِ)، وَنَعْنِي بِهِ أَنَّ يَعْجَزَ عَنِ الْقَوَاتِ بِالْفَقْرِ، فَإِنْ تَعَدَّرَ بِالْمَنْعِ مَعَ الْغِنَى، فَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ.

= والنسائي (٢٤٦/٨) كتاب آداب القضاء، باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه. وابن ماجه (٧٦٩/٢) كتاب التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها، الحديث (٢٢٩٣). والدارمي (١٥٩/٢) كتاب النكاح، باب في وجوب نفقة الرجل على أهله. والحميدي (١١٨/١) رقم (٢٤٢). والشافعي في «مُسْنَدِهِ» (٦٤/٢)، كتاب الطلاق، باب النفقات حديث (٢١٠، ٢١١). وأبو يعلى (٩٨/٨) رقم (٤٦٣٦). وابن حبان (٤٢٤١)، الإحسان والطحاوي في «مشكل الآثار» (٣٣٨/٢). وابن الجارود (١٠٢٥). وعبد الرزاق (١٢٦/٩ - ١٢٧) رقم (١٦٦١٣). وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (١٨٨/٨). والدارقطني (٢٣٤ - ٢٣٥) كتاب الأقضية والأحكام حديث (١٠٨). والبيهقي (٤٧٧/٧) كتاب النفقات، باب النفقة على الأولاد من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هندا قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولذك بالمعروف.

(١) قال الرافعي: «فإن قلنا للحمل اعتبر كفايته ولم تقدر على أقيس الوجهين ثم قال وإن قلنا للحامل فهي في التقدير كنفقة الزوجة» المشهور والذي أورده الأكثرون أنها مقدرة كما في صلب النكاح ولم يتعرضوا للبناء على القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «الصحيح أنه يجب تعجيل النفقة قبل الوَضْع» أي من القولين.

(٣) قال الرافعي: «وإن تأخر وظهر الحمل وجب التسليم إلا إذا قلنا: إنه للحمل فإنه يسقط بمضي الزمان» النهي الذي أورده الأكثرون أنها لا تسقط، وإن جعلناها للحمل؛ لأن الحامل تستقها وتنفع بها، فهي كنفقة الزوجة. [ت]

وَقِيلَ: لَا فَسَخَ؛ لِأَنَّهُ ظَلَمَ، وَالْقَادِرُ بِالْكَسْبِ كَالْقَادِرِ بِالْمَالِ، وَالْعَجْزُ عَنِ الْأَذْمِ لَا يُؤَثِّرُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ.

وفي الْعَجْزِ عَنِ الْكُسُوفَةِ أَوْ الْمَسْكَنِ أَوْ نَفَقَةِ الْحَادِمِ (م) وَجَهَانٍ، وَلَا يُؤَثِّرُ الْعَجْزُ عَنِ الْمَهْرِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ^(١)، وَلَا يُؤَثِّرُ الْعَجْزُ عَنِ نَفَقَةِ الزَّمَانِ الْمَاضِي، بَلْ ذَلِكَ دَيْنٌ مُسْتَقَرٌّ فِي ذِمَّتِهِ، فَرَضَهُ الْقَاضِي أَوْ لَمْ يَفْرِضْهُ (ح)، وَلَوْ قَدَرَ كُلُّ يَوْمٍ عَلَى ثُلُثِ الْمُدِّ، فَلَهَا الْفَسْخُ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَى التَّصْفِ، فَوَجَهَانٍ؛ إِذْ فِي الْخَبَرِ: أَنَّ طَعَامَ الْوَاحِدِ يَكْفِي الْإِثْنَيْنِ^(٢).

(الطَّرْفُ الثَّانِي) فِي حَقِيقَةِ هَذَا الرَّفْعِ، فَالرَّفْعُ بِالْجَبِّ فَسَخٌ وَبِالْإِبْلَاءِ طَلَاقٌ، وَهُوَ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا،

(١) قال الرافعي: «ولا يؤثر العجز عن المهر على الصحيح» فيه طرق: أظهرها أنه يثبت الفسخ إن كان قبل الدخول؛ لأنه عجز عن تسليم العوض والمعوض باقي بحاله، فصار كما إذا أفلس المشتري بالثمن وإن كان بعده فقولان: وجه المنع أن النفس تبقى بدونه والثاني أنه لا يثبت الفسخ بعد الدخول، وقبله قولان والثالث: طرد القولين في الحالين والرابع: القطع بالنفي في الحالين، وهذا ما اختاره الإمام وصاحب الكتاب والظاهر عند الأكثرين ثبوت الفسخ قبل الدخول والنفي بعده. [ت]

(٢) قال الرافعي: «في الخبر أن طعام الواحد يكفي الاثنين» روى أبو عيسى الترمذي عن محمد بن بشار عن عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن الأعمش عن أبي سفيان، وابن ماجه عن محمد بن عبد الله الرَّمِّي عن يحيى بن زياد الأسدي عن ابن جُرَيْج عن أبي الزبير بروايتهما عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «طَعَامُ الْوَاحِدِ يَكْفِي لاثْنَيْنِ، وطعام الاثنين يكفي لأربعة» وأخرجه ابن ماجه من رواية عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أيضاً. [ت]

حديث جابر أخرجه مسلم (١٦٣/٣) كتاب الأشربة، باب فضيله المواساة في الطعام القليل، حديث (٢٠٥٨/١٨١). والترمذي (٢٣٦/٤) كتاب الأطعمة، باب ما جاء في طعام الواحد يكفي لاثْنَيْنِ حديث (١٨٢١). وأحمد (٣/٣١٥). وأبو يعلى (٤١٦/٣) رقم (١٩٠٢) كلهم من طريق الأعمش عن أبي سفيان عن جابر وأخرجه مسلم (١٦٣٠/٣) كتاب الأشربة، باب فضيله المواساة في الطعام القليل، حديث (٢٠٥٩/١٧٩). وابن ماجه (١٠٨٤/٢) كتاب الأطعمة، باب طعام الواحد يكفي لاثْنَيْنِ حديث (٣٢٥٤). والدارمي (١٠/٢) كتاب الأطعمة، باب طعام الواحد يكفي لاثْنَيْنِ. وأحمد (٣/٣٨٢) والبيهقي في «شرح السنة» (٩٣/٦) بتحقيقنا كلهم من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر وأخرجه مسلم (٢٠٥٩). وأحمد (٣/٣٠١) من طريق الأعمش عن أبي الزبير عن جابر.

- أما حديث عمر

أخرجه ابن ماجه (١٠٨٤/٢) كتاب الأطعمة، باب طعام الواحد يكفي لاثْنَيْنِ حديث (٣٢٥٥) من طريق قهرمان آل الزبير قال: سمعت سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن جده عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن طعام الواحد يكفي لاثْنَيْنِ وإن طعام الاثنين يكفي الثلاثة والأربعة وإن طعام الأربعة يكفي الخمسة والستة.

قال البوصيري في الزوائد (٧١/٣): هذا إسناد ضعيف لضعف قهرمان آل الزبير عمرو بن دينار فقد ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والفلاس والبخاري والترمذي والنسائي وغيرهم.

فَفِيهِ خِلَافٌ^(١)، فَإِنْ قُلْنَا: طَلَّاقٌ، رَفَعْتَ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي؛ حَتَّى يَخْسِهَ؛ لِيُثْبِتَ أَوْ يُطْلِقَ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ الْقَاضِي طَلَّاقًا رَجْعِيًّا، فَإِنْ رَاجَعَ، طَلَّقَ ثَانِيًا وَثَالِثًا، وَإِنْ قُلْنَا: فَنَسَخَ، فَلَا بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ؛ لِإِثْبَاتِ الْإِعْسَارِ، ثُمَّ لَهَا الْفَسْخُ، إِذَا أَقَامَتِ الْبَيِّنَةَ، أَوْ أَقَرَّ الزَّوْجُ، فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ الرَّفْعِ عِنْدَ عِلْمِهَا بِالْعَجْزِ، فَفِي الْأَنْفِسَاخِ بَاطِنًا تَرُدُّدٌ، وَلَا يَنْفَسِخُ ظَاهِرًا.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي وَقْتِ الْفَسْخِ)، وَلَهَا الْمُطَالَبَةُ صَبِيحَةَ كُلِّ يَوْمٍ بِالنَّفَقَةِ، وَلَكِنَّ الْمُغْسِرَ، هَلْ يُنْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ لِيَتَحَقَّقَ عَجْزُهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): لَا يُنْهَلُ وَلَكِنْ لَا يُفْسَخُ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ، بَلْ آخِرُ النَّهَارِ، أَوْ بَعْدَ أَنْقِضَاءِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ؛ لِيَسْتَقَرَّ الْحَقُّ، نَعَمْ، لَوْ كَانَ يَغْتَادُ الْإِثْنَانِ بِالطَّعَامِ لَيْلًا، فَلَهَا الْفَسْخُ، وَلَوْ قَالَ صَبِيحَةَ النَّهَارِ: أَنَا الْيَوْمَ عَاجِزٌ، فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: لَا يُفْسَخُ فِي الْحَالِ إِلَى أَنْقِضَاءِ الْيَوْمِ.

(وَالْقَوْلُ الثَّانِي): أَنَّهُ يُنْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَهُوَ الْأَخْسَنُ، وَلَهَا الْفَسْخُ صَبِيحَةَ الرَّابِعِ، إِنْ لَمْ يُسَلِّمِ النَّفَقَةَ، فَإِنْ سَلَّمَ لِلرَّابِعِ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْفَسْخُ لِلْمَاضِي، وَإِنْ سَلَّمَ لِلثَّالِثِ صَبِيحَةَ الثَّالِثِ، وَعَادَ إِلَى الْعَجْزِ فِي الرَّابِعِ يَسْتَأْنِفُ الْمُدَّةَ؛ عَلَى وَجْهِهِ.

وَيَبْنِي عَلَى الْمُدَّةِ السَّابِقَةِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، فَيَصِيرُ يَوْمًا آخَرَ، وَإِنْ رَضِيَتْ بَعْدَ أَنْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، فَلَهَا الْفَسْخُ بَعْدَ ذَلِكَ؛ كَزَوْجَةِ الْمُوَلِيِّ، لَا كَزَوْجَةِ الْعَيْنِ^(٢)، وَقَوْلُهَا: «رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ أَبَدًا» وَغَدُ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِيمَنْ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ)، وَذَلِكَ لِلزَّوْجَةِ خَاصَّةً، وَلَيْسَ لَوَلِيِّ الْمَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرَةِ طَلَبُ الْفَسْخِ، بَلِ الْفَسْخُ كَالطَّلَاقِ؛ لَا يَقْبَلُ الثِّيَابَةُ، وَفِي سَيِّدِ الْأَمَةِ الصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ الْمَزُوجَةِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَتِ الْأَمَةُ بَالِغَةً، فَحَقُّ الْفَسْخِ لَهَا، وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ الْفَسْخُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، لَكِنْ لَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ؛ فَإِمَّا أَنْ تَصِيرَ الْأَمَةُ عَلَى الْجُوعِ أَوْ تَفْسَخَ، وَالنَّفَقَةُ تَدْخُلُ فِي مِلْكِ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَهَا حَقُّ الْوَيْفَةِ؛ حَتَّى لَا يَجُوزَ لِلْسَّيِّدِ أَخْذُهَا إِلَّا بِبَدَلٍ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهَا قَبْلَ الْإِبْدَالِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْإِعْسَارَ لَا يُوجِبُ الْفَسْخَ أَصْلًا، فَالظَّاهِرُ؛ أَنَّهُ يُبْطَلُ حَقُّ الْحَبْسِ فِي الْمَنْزِلِ، وَلَهَا مَنَعُهُ مِنَ الْوَطْءِ، إِنْ لَمْ تَكُنْ قَدْ أَبْطَلَتْ حَقَّهَا بِالتَّمْكِينِ.

(السَّبَبُ الثَّانِي، لِلنَّفَقَةِ: الْقَرَابَةُ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ)

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَصْلِ النَّفَقَةِ)

وَتَجِبُ بِقَرَابَةِ الْبَغْضِيَّةِ (و م)، دُونَ الْمَحْرَمِيَّةِ (ح)، وَإِنَّمَا تَجِبُ عَلَى الْمُوسِرِ (و)، وَهُوَ الَّذِي

(١) قال الرافعي: «فالرفع بالجب فسخ، وبالإيلاء طلاق، وهو دائر بينهما ففيه خلاف» قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن رضيت بعد انقضاء المدة، فلها الفسخ بعد ذلك كزوجة المولى لا كزوجة العين... إلى آخره» قد ذكر حكم العتة في بابها مع مخالفة الإيلاء لها، وذكرهما وحكم الرضا بالإعساف في باب الإيلاء مرة أخرى وأعاد الصور الثلاث هاهنا، ويستحق الأب الإعفاف المذكورة في كتاب النكاح. [ت]

فَصَلَ مِنْ قُوتِ يَوْمِهِ شَيْءٌ، وَيَبْتَاعُ (و ح)، عَبْدُهُ وَعَقَارُهُ (ح) فِيهِ، وَهَلْ يَلْزِمُهُ الْكَسْبُ؛ لِأَجْلِ نَفَقَةِ الْقَرِيبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ لِلَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ، اسْتَحَقَّ (ح)؛ عَلَى قَوْلٍ، وَلَمْ يَسْتَحَقَّ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَيَسْتَحَقُّ الْأَبُ وَالْأَصُولُ دُونَ الْفُرُوعِ؛ عَلَى قَوْلٍ، أَمَّا الطِّفْلُ الْكُسُوبُ، فَيَسْتَحَقُّ لَا مَحَالَةَ، إِذَا لَمْ يَكْتَسِبْ، فَإِنْ شَرَطَ الْعَجْزُ عَنِ الْكَسْبِ، فَهَلْ تُشْتَرِطُ الزَّمَانَةُ حَتَّى لَا يَقْدِرَ عَلَى كَسْبٍ لَا يَلِيقُ بِهِ أَيْضًا؟ فِيهِ خِلَافٌ، ثُمَّ نَفَقَةُ الْقَرِيبِ عَلَى الْكِفَايَةِ (و)، وَهُوَ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ دُونَ مَا يُشْبَعُ، وَلَا يَسْتَقِرُّ فِي الذَّمَّةِ إِلَّا بِفَرْضِ الْقَاضِي، وَيَسْتَحَقُّ الْأَبُ الْإِغْفَافَ وَنَفَقَةَ زَوْجَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِذَا مَنَعَ الْأَبُ النِّفَقَةَ، فَلِلْأُمِّ الْأَخْذُ مِنْ مَالِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَفِي اسْتِقْرَاضِهَا عَلَيْهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْمَنَعِ، وَفِي إِتْفَاقِهَا عَلَى الطِّفْلِ مِنْ مَالِهِ دُونَ إِذْنِ الْأَبِ وَجْهَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ، وَالْقَرِيبُ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْقَاضِي، فَاسْتَقْرَضَ، فَبِئْسَ قَرْضٌ قَرْضُهُ وَجْهَانِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْجَدِّ الْحَاضِرِ، إِذَا اسْتَقْرَضَ عَلَى الْأَبِ الْغَائِبِ، وَجِبَ عَلَى الْأُمِّ أَنْ تُزْضِعَ وَلَدَهُ اللَّبَّاءُ الَّذِي لَا يَعِيشُ إِلَّا بِهِ، ثُمَّ لَهَا الْأَجْرَةُ عَلَى الْأَبِ، وَلَا يَجِبُ (م) عَلَيْهَا الْإِضْرَاعُ إِلَّا إِذَا فَقِدَ غَيْرُهَا، فَإِنْ رَغِبَتْ بِأَجْرَةٍ، وَرَغِبَتْ أَجْنَبِيَّةٌ مَجَانًا، وَجِبَ الْأَجْرُ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ نَظَرًا لِلطِّفْلِ، وَلِلزَّوْجِ مَنَعُهَا مِنَ الْإِضْرَاعِ؛ لِحَقِّ الْأَسْتِمْتَاعِ، إِذَا وَجَدَ مُزْضِعَةً أُخْرَى.

(البَابُ الثَّانِي: فِي تَرْتِيبِ الْأَقَارِبِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ:

(الْأَوَّلُ: أَجْتِمَاعُ الْأَوْلَادِ)، وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

(إِحْدَاهُمَا): أَنَّ التَّفْدِيمَ بِالْقُرْبِ، فَإِنْ تَسَاوَا، فَهَلْ يُقَدَّمُ الْوَارِثُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ أَعْتَبَرْنَا الْإِزْثَ، فَهَلْ يَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ مِقْدَارِ الْإِزْثِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): أَنَّ الْإِزْثَ مُقَدَّمٌ، فَإِنْ تَسَاوَا، فَلَا قُرْبَ، فَإِنْ تَسَاوَا، وَرُغَّ عَلَيْهِمَا.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يُقَدَّمُ بِالذُّكُورَةِ، فَالنِّفَقَةُ عَلَى الْإِبْنِ، لَا عَلَى الْبِنْتِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: أَجْتِمَاعُ الْأَصُولِ)، فَلَا أَبَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأُمِّ فِي الصَّغَرِ، وَبَعْدَ الْبُلُوغِ وَجْهَانِ،

فَإِنْ وَجِبَ عَلَيْهِمَا، فَهَلْ يَتَفَاوَتَانِ بِمِقْدَارِ الْإِزْثِ؟ وَجْهَانِ، أَمَّا الْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ، فَالْقَرِيبُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْبَعِيدِ الْمُذْلِيِّ بِهِ، فَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْجِهَةُ، خُرِجَ عَلَى الطَّرِيقَيْنِ.

وَطَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ؛ أَنَّ الْوَلِيَّ أَوَّلَى.

فَإِنْ اسْتَوَا، فَالْمُذْلِيُّ بِالْوَلِيِّ أَوَّلَى، فَإِنْ اسْتَوَا، فَلَا قُرْبَ.

وَطَرِيقَةٌ رَابِعَةٌ، أَنَّ الذَّكَرَ أَوَّلَى وَالْأُنثَى بِالْمُذْلِيِّ بِالذَّكَرِ وَإِلَّا فَلَا قُرْبَ.

وَقِيلَ: الذُّكُورَةُ وَالْوَرَاثَةُ تُجَبِّرُ إِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى، فَيَتَسَاوَيَانِ.

(الطَّرْفُ الثَّلَاثُ: أَجْتِمَاعُ الْفُرُوعِ وَالْأَصُولِ): ابْنٌ وَأَبٌ، قِيلَ: الْأَبُ أَوَّلَى؛ لِلْوِلَايَةِ.

وَقِيلَ: أَلَابُنْ؛ لِلْخِدْمَةِ.

وَقِيلَ: يَتَسَاوَيَانِ، وَالْأُمُّ كَالْأَبِ.

وَقِيلَ: أَلَابُنْ أَوْلَى مِنْهُمَا قَطْعًا.

وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْجَدِّ وَالْأَبْنِ، أَغْنَى أَبَ الْأَبِ، ثُمَّ تَعَوَّدُ تِلْكَ الطَّرِيقُ الْخَمْسُ، وَإِنَّمَا يَزِيدُ النَّظَرُ إِلَى وَلَايَةِ التَّرْبِيَةِ وَإِلَى الْخِدْمَةِ.

(الطَّرِيقُ الرَّابِعُ: فِي أَزْدِحَامِ الْآخِذِينَ)، فَإِذَا لَمْ يُفْضَلْ مِنْهُ إِلَّا قُوْتُ وَاحِدٌ فَالزَّوْجَةُ أَوْلَى، وَفِي الْأَبْعَاضِ تَعَوَّدُ الطَّرِيقُ، وَلَكِنَّ الْأَوْتُونَ هَهُنَا تُرْجِعُ لِلْآخِذِ حَيْثُ رَجَحْنَا، ثُمَّ الذُّكُورَةُ فِي الْأَلْتِزَامِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَهُنَا لَا يُؤَثِّرُ تَفَاوُتُ الْإِزْثِ، ثُمَّ إِنْ أَسْتَوَوْا، وَزَعَّ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ كَانَ قَلِيلًا، أُفْرِغَ بَيْنَهُمْ.

(الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي الْحَضَانَةِ^(١)، وَفِيهِ فَصْلَانِ)

(الْأَوَّلُ: فِي صِفَاتِ الْحَاضِنَةِ)، فَتَقُولُ: الْحَضَانَةُ وَلَايَةٌ وَسُلْطَنَةٌ، لِكُنْهَا بِالْإِنَاتِ أَلِيْقُ، وَالْأُمُّ

(١) الْحَضَانَةُ لُغَةً: بَفَتْحِ الْحَاءِ، مَصْدَرُ حَضَنْتِ الصَّبِيَّ حَضَانَةً: تَحَمَلَتْ مَوْثَهُ وَتَرْبِيَتَهُ، عَنْ ابْنِ الْقَطْعِ، وَالْحَاضِنَةُ: الَّتِي تَرْبِي الطِّفْلَ سَمِيَتْ بِذَلِكَ لِأَنَّهَا تَضُمُّ الطِّفْلَ إِلَى حَضْنِهَا، وَهُوَ: مَا دُونَ الْإِبْطِ إِلَى الْكَشْحِ، وَهُوَ الْخَصْرُ.

قَالَ زَيْنُ الدِّينِ بْنِ نَجِيمٍ فِي «الْبَحْرِ الرَّائِقِ»، شَرْحَ كَنْزِ الدَّقَائِقِ: «الْحَضَانَةُ... بِكَسْرِ الْحَاءِ وَفَتْحِهَا لُغَةً تَرْبِيَةُ الْوَلَدِ» وَالْحَاضِنَةُ «الْمَرَأَةُ تَوَكَّلُ بِالصَّبِيِّ، فَتَرْفَعُهُ وَتَرْبِيَهُ، وَقَدْ حَضَنْتْ وَلَدَهَا حَضَانَةً مِنْ بَابِ طَلَبَ وَحَضَنَ الطَّائِرُ بَيْضَهُ حَضَنًا إِذَا جَثَمَ عَلَيْهِ بِكَفِّهِ يَحْضِنُهُ، كَذَا فِي «الْمَغْرِبِ». وَالْحَضَانَةُ مَصْدَرُ الْحَاضِنِ وَالْحَاضِنَةُ وَالْحَاضِنُ وَالْحَاضِنَةُ الْمَوْكَلَانِ بِالصَّبِيِّ يَحْفَظَانِهِ، وَيُرَبِّيَانِهِ، وَالْحَضْنُ مَا دُونَ الْإِبْطِ إِلَى الْكَشْحِ وَقِيلَ: هُوَ الصَّدْرُ وَالْعَصْدَانِ وَمَا بَيْنَهُمَا، وَالْكَشْحُ مَا بَيْنَ الْخَاصِرَةِ إِلَى الصَّلْعِ، وَالْخَاصِرَةُ هِيَ وَسْطُ الْإِنْسَانِ.

وَجَمَعَ الْحَضْنَ إِحْضَانًا، وَمِنْهُ الْإِحْضَانُ، وَهُوَ احْتِمَالُكَ الشَّيْءَ، وَجَعَلَهُ فِي حَضْنِكَ، كَمَا تَحْضِنُ الْمَرَأَةُ وَلَدَهَا تَحْمِلُهُ فِي أَحَدِ شَقِيهَا، وَفِي الْحَدِيثِ أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «خَرَجَ مُحْتَضِنًا إِحْدَى ابْنِي ابْنَتِهِ»، أَيِ: حَامِلًا لَهُ فِي حَضْنِهِ، وَالْحَضْنَ الْجَنْبَ، وَهُمَا حَضْنَانِ. انْتَهَى كَلَامُ ابْنِ مَنْظُورٍ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ.

وَقَالَ عِلَاءُ الدِّينِ الْكَاشَانِيُّ فِي «الْبِدَائِعِ»: الْحَضَانَةُ لُغَةً تَسْتَعْمَلُ فِي مَعْنَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: جَعَلَ الشَّيْءَ فِي نَاحِيَةِ يَقَالُ: حَضَنَ الرَّجُلُ الشَّيْءَ إِذَا اعْتَزَلَهُ، فَجَعَلَهُ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهُ.

ثَانِيَهُمَا: الضَّمُّ إِلَى الْجَنْبِ، يَقَالُ: حَضَنْتَهُ، وَاحْتَضَنْتُهُ إِذَا ضَمَمْتَهُ إِلَى جَانِبِكَ.

وَالْحَضَانَةُ بِمَعْنَى الضَّمِّ، هُوَ الْمُرَادُ لِمُنَاسِبَتِهِ لِلْمَعْنَى الشَّرْعِيَّةِ.

يَنْظُرُ: الْمَطْلَعُ عَلَى أَبْوَابِ الْمُقْتَنَعِ: ٣٥٥.

وَاصْطِلَاحًا:

عَرَفَهَا الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: تَرْبِيَةُ الطِّفْلِ وَرِعَايَتُهُ، وَالْقِيَامُ بِجَمِيعِ أُمُورِهِ فِي سَنٍ مَعِينَةٍ مِمَّنْ لَهُ الْحَقُّ فِي الْحَضَانَةِ.

عَرَفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: تَرْبِيَةُ مَنْ لَا يَسْتَقِلُّ بِأُمُورِهِ بِمَا يَصْلَحُهُ، وَدَفَعُ مَا يَضُرُّهُ.

أُولَى مِنَ الْأَبِ، وَإِنْ كَانَتْ الْمُؤْنَةُ عَلَى الْأَبِ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ الْأُمُّ مُسْلِمَةً (وَح)، إِذَا كَانَ الْوَلَدُ مُسْلِمًا، وَعَاقِلَةً وَحُرَّةً، إِذْ لَا فَرَاغَ لِلرَّقِيقَةِ، وَلَا وَلَايَةَ لَهَا، وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ، وَأَمِينَةً، إِذْ لَا يُوَثَّقُ بِالْفَاسِقَةِ، وَفَارِغَةً، فَإِذَا نَكَحَتْ، بَطَلَ حَقُّهَا إِلَّا إِذَا نَكَحَتْ عَمَّ الْطِفْلِ أَوْ مَحَارِمَهُ، وَلَا يُؤَثَّرُ رِضَا الزَّوْجِ، وَيَزْجَعُ حَقُّهَا، إِنْ طَلَّقَتْ (م)، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً (ح)؛ لِأَنَّهَا فَارِغَةٌ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ إِنْ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ الزَّوْجِ، فَلِلزَّوْجِ أَلَّا يَرْضَى بِدُخُولِ الطِّفْلِ دَارَهُ، وَمَهُمَا أَمْتَنَعَ الْأَوَّلُ، أَوْ غَابَ، أُنْقَلَّ حَقُّ الْحَضَانَةِ إِلَى الْبَعِيدِ (و)، لَا إِلَى السُّلْطَانِ.

(أَمَّا صِفَةُ الْمَحْضُونِ) فَمَهِيَ أَلَّا يَسْتَقِلَّ؛ كَالصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُورِ، وَالْبِكْرُ الْبَالِغَةُ عَلَيْهَا وَلَايَةُ الْإِسْكَانِ لِلأَبِ وَالْجَدِّ، وَالنَّيِّبِ، فَلَا، إِلَّا عِنْدَ تَهْمَةٍ، فَيَبْنُ حَقُّ الْإِسْكَانِ لِأَوَّلِيَّيْهَا، أَعْنِي الْعَصَبَاتِ، ثُمَّ الْأُمُّ أُولَى بِالصَّغِيرِ، أَمَّا إِذَا بَلَغَ سِنَّ التَّمْيِيزِ خَيْرَ بَيْنَهُمَا (ح م)، فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا، سَلَّمَ إِلَيْهِ، فَإِنْ رَجَعَ، اسْتُرِدَّ، وَيَسْتَوِي (ح) فِيهِ الْغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ، وَهَلْ يَجْرِي التَّخْيِيرُ بَيْنَ الْأُمِّ وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَ الْأَبِ وَالْأُخْتِ وَالْخَالَةِ، وَإِذَا اخْتَارَ الْأَبُ، لَمْ يَمْنَعْ الْأُمُّ مِنَ الزِّيَارَةِ، وَإِذَا اخْتَارَ الْأُمُّ، فَعَلَى الْأَبِ مُرَاعَاتُهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْمَكْتَبِ وَالْحِرْفَةِ، وَإِذَا سَافَرَ الْأَبُ سَفَرًا ثَقِيلًا، سَقَطَ حَقُّ الْأُمِّ، فَلَهُ اخْذُ الصَّغِيرِ مِنْهَا، إِلَّا إِذَا رَافَقَتْهُ فِي الطَّرِيقِ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي سَفَرِ الثَّرْوَةِ، وَلَا فِي التَّجَارَةِ، وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ، وَهَلْ لَهُ ذَلِكَ فِي الثَّقَلَةِ إِلَى مَا دُونَ مَزْحَلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي اجْتِمَاعِ الْحَوَاضِنِ)، فَإِنْ تَدَافَعُوا، فَالْحَضَانَةُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ (و) التَّفَقُّةُ، وَإِنْ تَرَاحَمُوا، فَالْظُّرُّ فِي أَطْرَافٍ:

(الْأَوَّلُ: فِي الْكُنُوسَةِ)، وَالْجَدِيدُ أَنَّ الْأُمَّ أُولَى، ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُذْلِيَّاتُ بِالْإِنَاثِ، ثُمَّ أُمُّ الْأَبِ، وَجَدَّاتُهَا الْمُذْلِيَّاتُ بِالْإِنَاثِ، ثُمَّ أُمُّ الْجَدِّ وَجَدَّاتُهَا؛ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ أُمُّ أَبِي الْجَدِّ وَجَدَّاتُهَا؛ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ الْأَخَوَاتُ (و) ثُمَّ الْخَالَاتُ، ثُمَّ بَنَاتُ (و) الْإِخْوَةِ، ثُمَّ الْعَمَّاتُ.

وَفِي الْقَدِيمِ: قَدَّمَ الْأَخَوَاتُ لِلأُمِّ وَالْخَالَاتِ عَلَى أُمَّهَاتِ الْأَبِ؛ لِإِذْلَاقِهِنَّ بِالأُمِّ.
فُرُوعٌ:

(الْأَوَّلُ): الْأُخْتُ لِلأَبِ مُقَدَّمَةٌ (ح و ز) عَلَى الْأُخْتِ لِلأُمِّ؛ فِي الْجَدِيدِ؛ لِقَوْنِهَا، وَفِي الْقَدِيمِ وَجْهٌ؛ أَنَّ الْأُخْتِ لِلأُمِّ أُولَى، وَالْخَالَةُ لِلأَبِ، هَلْ تُقَدَّمُ فِي الْجَدِيدِ عَلَى الْخَالَةِ لِلأُمِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِي): النَّصُّ أَنَّ لَا مَدْخَلَ لِكُلِّ جَدَّةٍ سَاقِطَةٍ فِي الْمِيرَاثِ، وَهِيَ الَّتِي تُذَلِّي بِذَكَرٍ بَيْنَ أَثْنَيْنِ.

= عرفها المالكية بأنها: حِفْظُ الْوَلَدِ فِي مَبِيْتِهِ، وَمُؤْنَةُ طَعَامِهِ وَلِبَاسِهِ وَمُضْجَعِهِ، وَتَنْظِيفُ جَسَمِهِ.

عرفها الحنابلة بأنها: حِفْظُ صَغِيرٍ وَغَيْرِهِ عَمَّا يَضُرُّهُ، وَتَرْبِيَتُهُ بِعَمَلٍ مُصَالِحِهِ.

ينظر: شرح الخرشي ٣/٣٤٧، حاشية ابن عابدين ٢/٦٣٣، نهاية المحتاج ٧/٢١٤، المدونة

١٤/٢٢٤، الروض المربع ٢/٣٢٨.

وَفِي وَجْهِ آخَرَ؛ أَنَّ لَهَا حَضَانَةً، وَلَكِنَّهُنَّ مُؤَخَّرَاتٌ عَنِ الْكُلِّ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُنَّ مُقَدَّمَاتٌ عَلَى الْأَخَوَاتِ وَالْخَالَاتِ.

(الثَّالِثُ): الْأُنْثَى الَّتِي لَا مَحْرَمِيَّةَ لَهَا؛ كَبِنَتِ الْخَالَةَ وَبِنَتِ الْعَمَّةَ، لَا حَضَانَةَ لَهَا؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ^(١)، فَإِنْ أَتَيْنَا لَهَا؛ فَبَنَاتُ الْخَالَاتِ مُقَدَّمَاتٌ عَلَى بَنَاتِ الْعَمَّاتِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي اجْتِمَاعِ الذُّكُورِ)، وَهُمْ أَرْبَعَةُ أَفْسَامٍ:

(الْأَوَّلُ): مَحْرَمٌ وَارِثٌ، فَيَتَرَبَّيُونَ تَرْتِيبَ الْعَصَبَاتِ فِي الْوِلَايَةِ إِلَّا الْأَخَ لِلْأُمِّ، فَإِنَّهُ يُؤَخَّرُ عَنِ الْأَصُولِ، وَعَنْ إِخْوَةِ الْأَبِ (و)، وَهَلْ يُؤَخَّرُ عَنِ الْعَمِّ؟ لِلْوِلَايَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِي): وَارِثٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ؛ كَأَبْنِ الْعَمِّ (و)، لَهُ الْحَضَانَةُ فِي الصَّغِيرِ وَفِي الصَّغِيرَةِ الَّتِي لَا تُشْتَهَى، دُونَ الصَّغِيرَةِ الَّتِي تُشْتَهَى.

(الثَّالِثُ): الْمَحْرَمُ الَّذِي لَيْسَ بِوَارِثٍ، كَالْخَالِ، وَأَبِ الْأُمِّ، وَالْعَمِّ لِلْأُمِّ، وَأَبْنِ الْأُخْتِ، فَهُمْ مُؤَخَّرُونَ عَنِ الْوَرَثَةِ، وَهَلْ لَهُمْ حَقٌّ عِنْدَ فَقْدِهِمْ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): قَرِيبٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ، وَلَا وَارِثٌ؛ كَأَبْنِ الْخَالِ وَالْخَالَةِ، فَالصَّخِيحُ أَنْ لَا حَقَّ لَهُمْ.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ): فِي اجْتِمَاعِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، وَأَوَّلَاهُمُ الْأُمُّ وَأُمَّهَاتُهَا الْمُذَلِّبَاتُ مِنْ جِهَةِ الْإِنَاثِ، ثُمَّ بَعْدَهُنَّ الْأَبُ أَوَّلَى مِنَ الْجَدَّاتِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَكَذَلِكَ الصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ؛ لِأَنَّهُنَّ فُرُوعُهُ، وَفِي تَقْدِيمِ الْأُخْتِ لِلْأُمِّ وَالْخَالَاتِ عَلَى الْأَبِ خِلَافٌ (و)، وَكُلُّ جَدَّةٍ لَيْسَتْ فَاسِدَةً، فَهِيَ أَوَّلَى مِنْ كُلِّ ذَكَرٍ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ، وَأَمَّا الَّذِينَ عَلَى الْحَوَاشِي، إِذَا اسْتَوَوْا فِي الْقُرْبِ وَالْإِزْثِ، فَالْأُنْثَى أَوَّلَى مِنَ الذَّكَرِ وَالْأُخْتُ أَوَّلَى مِنَ الْأَخِ، وَالْخَالَةُ مِنَ الْخَالِ، وَالْأُنْثَى الْقَرِيبَةُ. هَلْ تُقَدَّمُ عَلَى الذَّكَرِ الْقَرِيبِ؟ وَجْهَانِ.

(السَّبَبُ الثَّالِثُ: فِي التَّفَقُّعِ عَلَى مِلْكِ الْيَمِينِ)، وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ؛ عَلَى مَا يَلِيقُ بِالْعَادَةِ، وَيُقْتَصَرُ فِي الْكُسُوفَةِ عَلَى الْخَشِينِ، وَلَا يُقْتَصَرُ عَلَى سِتْرِ الْعَوْرَةِ، وَلَا يَجِبُ تَفْضِيلُ النَّفْسِ عَلَى الْخَسِيسِ فِي جِنْسِ الْكُسُوفَةِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٢).

وَقِيلَ: يَجِبُ تَفْضِيلُ السَّرِيَّةِ عَلَى الْخَادِمَةِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُجْلِسَ الرَّقِيقَ مَعَهُ فِي الْأَكْلِ، أَوْ يُورَّعَ لَهُ لُقْمَةً.

وَيَجِبُ ذَلِكَ فِي وَجْهِ وَيَجِبُ إِزْصَاعُ الْوَلَدِ عَلَى الْمُسْتَوْلَدَةِ، وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ وَلَدِهَا

(١) قال الرافعي: «والأنثى التي لا محرمية لها كبنات الخالة وبنات العممة لا حضانة لهما على أظهر الوجهين» رجع الأكثرون الوجه الثاني. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يجب تفضيل النفس على الخسيس في جنس الكسوة على الأصح» الأظهر عند الأصحاب تفضيل الجارية ذات الجمال أو الفرصة. [ت]

بِالتَّسْلِيمِ إِلَى مُرْضِعَةٍ أُخْرَى، وَلَا تُكَلِّفُ أَنْ تُرْضِعَ مَعَهُ غَيْرَهُ، وَلَيْسَ لَهَا فِطَامٌ وَلَدَهَا قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ، وَلَا الزَّيَادَةُ عَلَى الْحَوْلَيْنِ إِلَّا بِرِضَا السَّيِّدِ، وَأَمَّا الْحُرَّةُ، فَلَهَا حَقٌّ فِي الْفِطَامِ، فَلَا فِطَامَ إِلَّا بِتَوَافُقِهِمَا، فَإِنْ أَبَتِ الْفِطَامَ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ، فَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ، وَلَا يَتَعَيَّنُ (و) مَا يُضْرَبُ عَلَى الْعَبْدِ مِنْ خَرَاكِ مُعَيَّنٍ، بَلْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْمَجْهُودُ، وَلَا يُكَلِّفُهُ السَّيِّدُ إِلَّا مَا يُطِيقُ، فَإِنْ لَمْ يُنْفِقْ عَلَى عَبْدِهِ بَيْعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَرْغَبْ فِي شِرَائِهِ فَهُوَ مِنْ مَحَاوِيجِ الْمُسْلِمِينَ، وَيَجِبُ عَلْفُ الدَّوَابِّ لِخُرْمَةِ الرُّوحِ، وَإِنْ لَمْ يَجِبْ عِمَارَةُ الْعَقَارِ وَالذَّارِ، وَيَجُوزُ غَضَبُ (و) الْعَلْفِ وَالْخَيْطِ لِجِرَاحِ الدَّابَّةِ عِنْدَ الْعَجْزِ، وَلَا يَجُوزُ نَزْفُ لَبِنِهَا بِحَيْثُ يَضُرُّ بِتَنَاجِهَا، وَإِذَا أَجْدَبَتِ الْأَرْضُ، وَجَبَ عَلْفُ السَّائِمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَغْلِفْ بَيْعَتْ عَلَيْهِ، وَاللَّهُ أَغْلَمُ بِالصَّوَابِ.

تَمَّ رُبْعُ التَّكَاحِ، يَتْلُوهُ رُبْعُ الْجِرَاحِ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ أَجْمَعِينَ.

كِتَابُ الْجِرَاحِ

الْقَتْلُ كَبِيرَةٌ يَتَعَلَّقُ بِهَا الْكَفَّارَةُ وَالْقِصَاصُ، أَوِ الدِّيَّةُ، وَالنَّظَرُ فِي الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَالطَّرَفِ، وَفِي النَّفْسِ فِي الْمُوجِبِ وَالْوَاجِبِ، وَالْمُوجِبُ لِلْقِصَاصِ لَهُ ثَلَاثَةٌ أَرْكَانٌ.

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الْقَتْلُ)، وَهُوَ كُلُّ فِعْلٍ عَمْدٍ مَخْصٍ عُذْوَانٍ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مُزْهِقاً لِلرُّوحِ، وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِهِ:

(الطَّرَفُ الْأَوَّلُ: فِي الْعَمْدِ الْمَخْصِ، وَالْخَطَأُ مَا لَا قَصْدَ فِيهِ إِلَى الْفِعْلِ؛ كَمَا لَوْ تَرَأَى رِجْلُهُ فَسَقَطَ عَلَى غَيْرِهِ، أَوْ مَا لَا قَصْدَ فِيهِ إِلَى الشَّخْصِ كَمَا لَوْ رَمَى إِلَى صَيِّدٍ، فَأَصَابَ إِنْسَانًا، وَالْعَمْدُ الَّذِي قُصِدَ بِهِ الشَّخْصُ، وَكَانَ مَا قُصِدَ بِهِ مِمَّا يَقْتُلُ غَالِبًا، وَإِنْ كَانَ بِمُثْقَلٍ لَا يَجْرَحُ (ح)، أَوْ مَا يَقْتُلُ كَثِيرًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غَالِبًا، إِنْ كَانَ بِجَارِحٍ، أَمَا مَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا، وَإِنْ قَتَلَ كَثِيرًا؛ كَالسَّوْطِ وَالْعَصَا، أَوْ يَقْتُلُ نَادِرًا؛ كَغَرَزَةِ الْإِبْرَةِ الَّتِي لَا تُغَقِّبُ أَلَمًا ظَاهِرًا، فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِنْ أَغَقَّبَ وَرَمَا وَأَلَمًا؛ حَتَّى مَاتَ عَقِيْبُهُ، وَجَبَ (و) الْقِصَاصُ، وَإِنْ لَمْ يُغَقِّبْ وَرَمَا، وَمَاتَ عَقِيْبُهُ، فَوَجَّهَانِ، وَلَوْ سَقَى غَيْرُهُ دَوَاءً يَقْتُلُ كَثِيرًا لَا غَالِبًا، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ كَغَرَزِ الْإِبْرَةِ؛ لِأَنَّ أَغْشِيَةَ الْبَاطِنِ دَقِيقَةٌ، فَتَنْقَطِعُ بِالْدَوَاءِ، وَلَوْ حَبَسَهُ وَجُوعُهُ؛ حَتَّى مَاتَ، وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ بِالسَّخْرِ (ح و)، وَأَعْتَرَفَ بِأَنَّهُ سِخْرُهُ يَقْتُلُ غَالِبًا، وَإِنْ قَالَ: يَقْتُلُ نَادِرًا، فَلَا قِصَاصَ، وَالْكَثِيرُ غَيْرُ النَّادِرِ وَالْغَالِبُ؛ إِذَا مَرَضَ كَثِيرٌ، وَلَيْسَ بِغَالِبٍ وَلَا نَادِرٍ، وَلَوْ كَانَ بِهِ بَعْضُ الْجُوعِ، وَحَبَسَهُ؛ حَتَّى مَاتَ جُوعًا، فَإِنْ عَلِمَ جُوعُهُ، لَزِمَهُ (و) الْقِصَاصُ؛ كَمَا لَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا ضَرْبًا يَقْتُلُ الْمَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا بِجُوعِهِ، وَجَبَ الْقِصَاصُ؛ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ (و)، فَإِنْ لَمْ يُوجِبِ الْقِصَاصُ، وَجَبَ كُلُّ الدِّيَةِ؛ فِي قَوْلٍ.

وَنِصْفُهَا؛ فِي قَوْلٍ؛ إِحَالَةً لِلْهَلَاكِ عَلَى الْجُوعَيْنِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: فِي بَيَانِ الْمُزْهِقِ)، وَهُوَ إِذَا شَرِطَ مَخْصٌ؛ كَحَفْرِ الْبُئْرِ بِالشُّبَّةِ إِلَى التَّرْدِي؛ إِذَا التَّرْدِي عِلَّتُهُ التَّخْطِي، وَلَكِنَّهُ عِنْدَ الْحَفْرِ لَا بِالْحَفْرِ، وَإِنَّمَا عِلَّةٌ؛ كَالْجِرَاحَاتِ الْقَاتِلَةِ؛ فَإِنَّهَا تُؤَلَّدُ السَّرَايَةَ، وَالسَّرَايَةُ سَبَبُ الْمَوْتِ، وَإِنَّمَا سَبَبٌ؛ فَلَا يَتَعَلَّقُ الْقِصَاصُ بِالشَّرْطِ، وَيَتَعَلَّقُ بِالْعِلَّةِ، وَالسَّبَبُ هُوَ الَّذِي لَهُ أَثَرٌ مَا فِي التَّوَلِيدِ؛ كَمَا لِلْعِلَّةِ، وَلَكِنَّهُ يُشَبِّهُ الشَّرْطَ مِنْ وَجْهِ، فَهَذَا عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ.

(الْأُولَى) الْإِكْرَاهُ؛ فَإِنَّهُ يُؤَلَّدُ فِي الْمَكْرَهِ دَاعِيَةَ الْقَتْلِ غَالِبًا، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ (و) الْقِصَاصُ.

(الثَّانِيَةُ): شَهَادَةُ الزُّورِ؛ فَإِنَّهَا تُؤَلَّدُ فِي الْقَاضِي دَاعِيَةَ الْقَتْلِ غَالِبًا؛ مِنْ حَيْثُ الشَّرْعُ، فَيَنَاطُ (ح) بِهَا الْقِصَاصُ عِنْدَنَا، إِلَّا إِذَا أَعْتَرَفَ الْوَلِيُّ بِكَوْنِهِ عَالِمًا بِتَزْوِيرِهِمْ، فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ إِلَّا عَلَيْهِ.

(الثَّالِثَةُ): مَا يُؤَلَّدُ الْمُبَاشَرَةَ تَوَلِيدًا عُزْفِيًّا، لَا حِسِّيًّا وَلَا شَرْعِيًّا؛ كَتَقْدِيمِ الطَّعَامِ الْمَسْمُومِ إِلَى الصَّنِيفِ، وَحَفْرِ بُئْرِ فِي الدُّهْلِيزِ، وَتَغْطِيَةِ رَأْسِهِ عِنْدَ دَعْوَةِ الصَّنِيفِ، وَفِي أَرْتِنَاطِ الْقِصَاصِ، بِهِ قَوْلَانِ؛

لَأَنَّ الصَّنِيفَ مُخْتَارٌ لَيْسَ مُلْجَأً حِسّاً وَشُرْعاً، فَإِنْ قُلْنَا: لَا قِصَاصَ، وَجَبَتِ الدِّيَّةُ، وَلَوْ جَرَى سَبَبٌ، وَقَدَّرَ الْمُقْصُودُ عَلَى دَفْعِهِ، فَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهْلِكاً، وَالْدَّفْعُ غَيْرُ مَوْثُوقٍ بِهِ، كَتَرَكِ مُعَالَجَةِ الْجُرْحِ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْجَارِحِ، وَإِنْ فُقِدَ الْمَغْنِيَانِ؛ كَمَا لَوْ فَتَحَ عِزَّةً، فَلَمْ يَعْصِبْ، حَتَّى نَزَفَ الدَّمُ، أَوْ تَرَكَهُ فِي مَاءٍ قَلِيلٍ، فَبَقِيَ مُسْتَلْقِياً؛ حَتَّى غَرِقَ، فَلَا قِصَاصَ، وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهْلِكاً، لَكِنَّ الدَّفْعَ سَهْلًا، كَمَا لَوْ أُلْقِيَ مَنْ يُخْسِنُ السَّبَاحَةَ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ، فَلَمْ يَسْبَحْ فَوْجَهَانٍ^(١)؛ لَأَنَّهُ رُبَّمَا يَذْهَبُ عَنِ السَّبَاحَةِ، وَلَوْ أُلْقَاهُ فِي نَارٍ، فَوَقَفَ، فَالظَّاهِرُ وَجُوبُ الْقِصَاصِ^(٢) لَأَنَّ الْأَعْصَابَ قَدْ تَشْتَجُّ بِالْقَائِهِ فِي النَّارِ فَتَعْسُرُ الْحَرَكَةَ.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ فِي اجْتِمَاعِ السَّبَبِ وَالْمُبَاشَرَةِ)، أَمَّا الشَّرْطُ، فَلَا يَبْقَى لَهُ حُكْمٌ مَعَ الْمُبَاشَرَةِ؛ كَالْمُسْلِكِ مَعَ الْقَاتِلِ، وَالْحَافِرِ مَعَ الْمُرْدِي، وَأَمَّا الْمُبَاشَرَةُ وَالسَّبَبُ، فَعَلَى مَرَاتِبٍ:

(الْأَوَّلَى): أَنْ يَغْلِبَ السَّبَبُ الْمُبَاشَرَةَ، وَهُوَ إِذَا لَمْ تَكُنِ الْمُبَاشَرَةُ عُذْوَانًا؛ كَقَتْلِ الْقَاضِي وَالْجَلَادِ مَعَ شَهَادَةِ الزُّورِ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الشُّهُودِ (ح).

(الثَّانِيَةُ): أَنْ يَصِيرَ السَّبَبُ مَغْلُوبًا؛ كَمَا إِذَا أُلْقَاهُ مِنْ سَطْحٍ، فَتَلَقَّاهُ إِنْسَانٌ بِسَيْفِهِ، فَقَدَّهُ بِضَفَّتَيْنِ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْمُتْلِقِ، عَرَفَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْرِفْ، وَلَوْ أُلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ، فَالْتَقَمَهُ الْحُوتُ، وَجَبَ الْقِصَاصُ؛ عَلَى الْمَنْصُوصِ؛ لَأَنَّ فِعْلَ الْحُوتِ لَا يُعْتَبَرُ، فَهُوَ كَضَلِّ مَنْصُوبٍ فِي عُمُقِ الْبُيْرِ؛ إِذْ حُصُولُ الْجُرْحِ بِهِ، لَا يَمْنَعُ وَجُوبُ الْقِصَاصِ عَلَى الْمُرْدِي.

وَخَرَجَ الرَّبِيعُ^(٣) قَوْلًا؛ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَيَجِبُ الدِّيَّةُ؛ لَأَنَّ اخْتِيَارَ الْحَيَوَانِ شُبُهَةٌ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يَعْتَدِلَ السَّبَبُ وَالْمُبَاشَرَةُ؛ كَالْإِكْرَاهِ عَلَى الْقَتْلِ، وَالْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا (ح) فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالْمُكْرِهِ، وَعَلَى هَذَا، فَبِالدِّيَّةِ قَوْلَانِ؛ فَإِنْ أَسْقَطْنَا الدِّيَّةَ؛ إِحَالَةً عَلَى الْمُكْرِهِ، فَبِالْكَفَّارَةِ وَجَهَانٍ، لَأَنَّ الْإِثْمَ بَاقٍ، فَإِنْ أَسْقَطْنَا الْكَفَّارَةَ فَبِجَزَائِ الْمِيزَاتِ وَجَهَانٍ وَإِنْ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِمَا، وَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا كُفْتًا، وَجَبَ عَلَى الثَّانِي؛ لَأَنَّ شَرِيكَ غَيْرِ الْمُكَافِءِ يُقْتَلُ، وَهُمَا كَالشَّرِيكَيْنِ، وَلَوْ أَكْرَهَ إِنْسَانًا عَلَى أَنْ يَزِمِي إِلَى ظُلْمٍ، عَرَفَهُ الْمُكْرَهُ إِنْسَانًا، فَظَنَّهُ الرَّامِي جُرْثُومَةً، فَهُوَ شَرِيكَ الْخَاطِئِ، وَلَكِنْ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ وَجَهَانٍ؛ لَأَنَّ هَذَا خَطَأٌ هُوَ نَتِيجَةُ تَلْبِيسِهِ وَإِكْرَاهِهِ، فَبِإِحَالَتِهِ عَلَى عَمْدٍ، وَعَلَيْهِ يُخْرَجُ إِذَا كَانَ الْمُكْرَهُ الْمُحْمُولُ صَيِّيًا، وَقُلْنَا: إِنَّ فِعْلَهُ خَطَأٌ، وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى صُعُودِ شَجَرَةٍ، فَتَزَلَّقَ رِجْلُهُ، وَمَاتَ، وَجَبَ (و) الْقِصَاصُ، وَلَمْ يُجْعَلْ شَرِيكَ

(١) قال الرافعي: «كما لو ألقى من يُخْسِنُ السباحة في ماء فغرق فلم يسبح فيه وجهان» قيل: قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو ألقاه في نار فوق فظاهر وجوب القصاص» الظاهر عند الأكثرين المنع. [ت]

(٣) قال الرافعي: «الربيع» هو ابن سليمان بن كامل، وكامل لقب واسمه عبد الجبار وقيل عبد الرحمن المُرَادِي

المصري أبو محمد المؤذن راوية كُتِبَ الشافعي الجديدة، وكان الشافعي يكرمه، ويذكر أنه قال: لو

استطعت أن ألقمك العلم لقمة لفعلت، سمع الشافعي وعبد الله بن وهب، وأيوب بن سويد، وروى عنه

أبو عبد الرحمن النسائي، وابن خزيمة وابن أبي حازم وغيرهم توفي «بمصر» سنة سبعين ومائتين. [ت]

وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى قَتْلِ نَفْسِهِ، فَقَتَلَ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْمُكْرِهِ؛ إِذْ لَا مَغْنَى لِهَذَا الْإِكْرَاهِ، وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْنِي، وَإِلَّا قَتَلْتُكَ، فَلَا قِصَاصَ لِلْإِذْنِ وَالْإِكْرَاهِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَإِذْنُهُ لَا يُعْتَبَرُ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لِوَارِثِهِ لَا لَهُ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا، وَإِلَّا قَتَلْتُكَ، فَقَتَلَ أَحَدَهُمَا، فَلَا إِكْرَاهَ (و)، لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّعْيِينِ، وَلَوْ أَمَرَهُ مُتَغَلَّبٌ، عَلِمَ مِنْ عَادَتِهِ السُّطُو عِنْدَ الْمُخَالَفَةِ، فَهُوَ كَالْإِكْرَاهِ؛ عَلَى أَقْسَرِ الرَّجَحَيْنِ.

وَلَوْ أَمَرَهُ سُلْطَانٌ وَاجِبُ الطَّاعَةِ، عَلَى الْحِمْلَةِ، فَقَتَلَ مَنْ عَلِمَهُ الْمَأْمُورُ ظُلْمًا، فَفِي التَّحَاقِقِ بِالْإِكْرَاهِ وَجْهَانِ^(٢)؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْقَتْلَ فَسَادٌ، وَالْخُرُوجَ عَنْ طَاعَةِ السُّلْطَانِ أَيْضًا مُهَيِّجٌ لِلْفَسَادِ وَالْفِتْنَةِ؛ فَلَا يَنْبَغُ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً؛ بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا قَتَلَ بِأَمْرِ سَيِّدِهِ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْعَبْدِ؛ إِذْ لَيْسَ فِي مُخَالَفَتِهِ عَلَى وَفْقِ الشَّرْعِ مَا يَفْتَحُ بَابَ الْفِتْنَةِ.

وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ أَعْجَمِيًّا ضَارِيًّا بِطَبْعِهِ، فَالسَّيِّدُ بِأَمْرِهِ كَالْمُغْرَبِ لِلسَّبْعِ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَفِي تَعَلُّقِ الدِّيَةِ بِرَقَبَتِهِ وَجْهَانٍ؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ شَدِيدُ الشَّيْبِ بِالتَّهِيْمَةِ؛ وَكَذَا الْمَجْنُونُ الْحُرُّ، إِذَا كَانَ هَذَا طَبْعَهُ، وَلَا يُبَاحُ بِالْإِكْرَاهِ الزَّنا وَالْقَتْلُ، وَيُبَاحُ بِهِ شُرْبُ الْخَمْرِ وَالْإِفْطَارُ وَإِثْلَافُ مَالِ الْغَيْرِ، بَلْ يَجِبُ، وَيُبَاحُ بِهِ كَلِمَةُ الرُّدَّةِ، وَهَلْ يَجِبُ؟ فِيهِ وَجْهَانٍ.

(فَرْعٌ): لَوْ أَنَّهُشَهُ حَيَّةٌ يَقْتُلُ مِثْلَهَا غَالِبًا، فَالْحَيَّةُ كَالسَّكِينِ، وَإِنْ قَتَلَ نَادِرًا؛ فَكَالْإِبْرَةِ^(٣)، وَإِنْ أَلْقَى عَلَيْهِ الْحَيَّةَ، وَكَانَ مِنْ طَبْعِهَا النَّفَارُ، فَلَا قِصَاصَ، وَكَذَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي بَيْتٍ وَلَوْ جَمَعَهُ فِي بَيْتٍ مَعَ سَبْعٍ، فَأَفْتَرَسَهُ، وَجَبَ الْقِصَاصُ، إِذِ السَّبْعُ فِي الْمَضْيِقِ يَقْصِدُ، وَإِنْ أَغْرَى بِهِ فِي الصَّخْرَاءِ، فَلَا إِلَّا إِذَا كَانَ السَّبْعُ ضَارِيًّا، وَالْهَرَبُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَالْمَجْنُونُ الضَّارِي كَالسَّبْعِ.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِي طَرَيَانِ الْمُبَاشَرَةِ عَلَى الْمُبَاشَرَةِ)، وَحُكْمُهُ تَقْدِيمُ الْأَقْوَى، فَلَوْ جَرَحَ الْأَوَّلُ، وَحَزَّ الثَّانِي، فَالْقَوْدُ عَلَى الثَّانِي، وَلَوْ أَنَّهُ الْأَوَّلُ إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، وَقَدْ الثَّانِي يَنْصِفَيْنِ، فَالْقَوْدُ عَلَى الْأَوَّلِ، وَلَوْ قَطَعَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْكُوعِ، وَالثَّانِي مِنَ الْمِرْقِ، فَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ، فَالْقَوْدُ (ح) عَلَيْهِمَا،

(١) قال الرافعي: «ولو أكره على صعود شجرة فتنزلق رجله ومات وجب القصاص، ولم يجعل شريك خطأ» وهذا وجه، والأظهر أنه عمد خطأ لا يتعلق به القصاص. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو أمره سلطان واجب الطاعة على الجملة فقتل من علمه المأمور ظلماً ففي التحاقه بالإكراه وجهان» قيل: قولان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «لو أنهشته حية يقتل مثلها غالباً، فالحية كالسكين وإن قتل نادراً فكالإبرة» أي يتعلق بها القصاص في الجملة لما في النهش من الغور والناكبة كغرز الإبرة وهذا قول الثاني وهو الأصح عند جماعة منهم صاحب التهذيب والقاضي الروياني وغيرهما أنه لا يتعلق به القصاص؛ لأنه لم يظهر قصد القتل فيه. [ت]

وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضًا مُشْرِفًا، وَجَبَ الْقَوْدُ، وَلَوْ قَتَلَ مَنْ نَزَعَ أَحْشَاؤُهُ، وَهُوَ يَمُوتُ بَعْدَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةِ لَا مَحَالَةَ، وَجَبَ الْقَوْدُ؛ لِأَنَّهُ أَزْهَقَ حَيَاةَ مُسْتَفْرَّةٍ؛ بِخِلَافِ حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ.

(فَإِنْ قِيلَ): ظَلُّ الْإِبَاحَةِ، هَلْ يَكُونُ شُبْهَةً؟

(قُلْنَا): مَنْ قَتَلَ رَجُلًا فِي دَارِ الْحَزْبِ عَلَى زِيٍّ أَهْلِي الشُّرْكِ؛ فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ، فَلَا قِصَاصَ وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ، وَفِي الدِّيَةِ قَوْلَانِ، وَلَوْ قَتَلَ مَنْ عَهْدُهُ مُزْتَدًا، فَظَنَّ أَنَّهُ لَمْ يُسْلِمِ، فَإِذَا هُوَ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، فَقَوْلَانِ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ قَتْلُ الْمُزْتَدِ؛ بَلْ هُوَ إِلَى الْإِمَامِ، وَلَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَبَيَّنْتُ أَنَّ أَبِي كَانَ حَيًّا، وَجَبَ الْقَوْدُ؛ لِأَنَّهُ غَيَّرَ مَعْذُورٍ، وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا، ظَنَّهُ صَحِيحًا ضَرْبًا يَهْلِكُ الْمَرِيضُ، وَجَبَ الْقَوْدُ؛ لِأَنَّهُ غَيَّرَ مَعْذُورٍ؛ إِذْ ظَنَّ الْمَرَضَ لَا يُبِيحُ الضَّرْبَ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْقَتِيلُ)، وَشَرْطُ كَوْنِهِ مَضْمُونًا بِالْقِصَاصِ أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا، وَالْعِصْمَةُ بِالْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْأَمَانِ، وَالْحَزْبِيُّ مُهْدَرُ الدَّمِ، وَكَذَلِكَ الْمُزْتَدُ، لَكِنْ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ، وَفِي حَقِّ الذَّمِّيِّ وَالْمُزْتَدِ خِلَافٌ^(١)، وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ مَعْصُومٌ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُسْتَحِقِّ، وَالزَّانِي الْمُخْصَنُ يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى قَاتِلِهِ الذَّمِّيِّ، وَفِي الْمُسْلِمِ وَجْهَانِ؛ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ الْمُزْتَدِ وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْقَاتِلُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُلْتَزِمًا لِلْأَحْكَامِ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْحَزْبِيِّ (و)، وَيَجِبُ عَلَى الذَّمِّيِّ، وَفِي السَّكَرَانِ خِلَافٌ.

وَقَدْ يَتَصَدَّى النَّظَرُ فِي سِتِّ خِصَالٍ، يَفْضَلُ بِهِ الْقَاتِلُ الْقَتِيلَ.

(الْخَصْلَةُ الْأُولَى): الدِّينُ، فَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَيُقْتَلُ الْيَهُودِيُّ بِالنَّصْرَانِيِّ، وَلَوْ قَتَلَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا، ثُمَّ أَسْلَمَ الْقَاتِلُ، أَسْتَوْفَى الْقَوْدَ، وَلَوْ أَسْلَمَ بَيْنَ الْجُزْحِ وَالْمَوْتِ فَوْجْهَانِ، وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ مُسْلِمًا عَبْدًا مُسْلِمًا لِكَافِرٍ، لَمْ يَجِبِ الْقَوْدُ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ كَافِرٌ عِنْدَ الْقَتْلِ، وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ مُزْتَدًا، فَلَا قِصَاصَ، وَلَوْ قَتَلَهُ مُزْتَدٌ، فَالظَّاهِرُ الْوُجُوبُ لِلتَّسَاوِي، وَإِنْ كَانَ الْحَزْبِيُّ لَا يُقْتَلُ بِالْحَزْبِيِّ، وَلَوْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ أَوْ الدِّيَةُ؛ فِي قَوْلٍ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ؛ فِي قَوْلٍ^(٢)؛ لِأَنَّهُ مُهْدَرٌ، وَيَجِبُ الْقَتْلُ فِي قَوْلٍ دُونَ الدِّيَةِ، لِأَنَّهُ مُهْدَرٌ، لَكِنَّهُ مَعْصُومٌ عَنِ الذَّمِّيِّ^(٣).

وَفِي قَتْلِ الْمُزْتَدِ بِالذَّمِّيِّ قَوْلَانِ؛ وَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّ فِيهِ عُقْلَةَ الْإِسْلَامِ.

(الْخَصْلَةُ الثَّانِيَّةُ: الْحُرِّيَّةُ): فَلَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِرَقِيقٍ؛ كَمَا لَا يُقَطَّعُ يَدُهُ بِيَدِهِ، وَيُقْتَلُ الرَّقِيقُ بِالرَّقِيقِ

(١) قال الرافعي: «وفي حق المرتد والذمي خلاف قيل: قولان في الصورة الثانية. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن قتله ذمي وجب عليه القصاص في العمد والدية في الخطأ في قول، ولم يجب شيء في قول... إلى آخره» قيل: هي وجوه لا أقوال. [ت] هكذا بالأصول المعتمد عليها من التذنب.

(٣) قال الرافعي: «ولو قتله مرتد فالظاهر وجوبه إلى قوله لكنه معصوم عن الذمي» الصورتان هما اللتان أجمل ذكرهما في الركن الثاني فقال: «وفي حق الذمي والمرتد خلاف»، ولو قال: لكن وفي حق المسلم وفي حق غيرها وسيأتي إذا قال: والمرتد خلاف كذلك على تفصيل سيأتي. [ت]

وَبِالْحَرْ، وَيُقْتَلُ الْمُسْتَوْلَدَةُ وَالْمَكَاتِبُ بِالْقِنِّ، وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، لَا يُقْتَلُ بِمَنْ هُوَ فِي مِثْلِ حَالِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ تَخْصِيصَ جِزَاءِ الْحُرِّيَّةِ بِمِثْلِهَا غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَالْإِشَاعَةُ تُؤَدِّي إِلَى اسْتِيفَاءِ الْحُرِّ بِالرَّقِيقِ، وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ وَالْحُرِّ الذَّمِّيِّ إِذِ الْفَضِيلَةُ لَا تُجَبَّرُ بِالنَّقِيصَةِ، وَلَوْ اشْتَرَى الْمَكَاتِبُ أَبَاهُ، ثُمَّ قَتَلَهُ، فَفِي الْقِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَتَلَ غَيْرُ أَبِيهِ مِنْ عَبْدِهِ، فَلَا قِصَاصَ.

(الْحَصْلَةُ الثَّالِثَةُ: الْأَبَوَةُ)، وَلَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ، وَكَذَا الْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ؛ إِذْ لَا يَحْسُنُ أَنْ يَكُونَ مُعْدِمًا لِسَبَبِ وُجُودِهِ، وَكَذَلِكَ لَا يُقْتَلُ الْجَلَادُ أَبَاهُ، وَلَا الْغَازِي، وَلَوْ قَتَلَ زَوْجَةَ ابْنِهِ، فَلَا قِصَاصَ؛ إِذْ ابْنُهُ وَارِثٌ، فَيَسْقُطُ نَصِيبُهُ، فَلَوْ تَدَاعَى رَجُلَانِ مَوْلُودًا، فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا، تَوَقَّفْنَا فَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِهِ، فَلَا قِصَاصَ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ بِالثَّانِي، أَقْتَصَّ، وَلَوْ قَتَلَ أَخَوَانِ (و) أَبَوَيْهِمَا مَعًا؛ أَحَدُهُمَا الْأَبَ، وَالْآخَرُ الْأُمَّ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ (و) قِصَاصَ صَاحِبِهِ، فَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْاِقْتِصَاصِ، سَقَطَ قِصَاصُهُ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ مِنْ أَخِيهِ قِصَاصَ نَفْسِهِ، إِذَا قُلْنَا؛ الْقَاتِلُ بِالْحَقِّ لَا يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ، وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُهُمَا الْأَبَ أَوَّلًا، ثُمَّ قَتَلَ الثَّانِي الْأُمَّ، سَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْ قَاتِلِ الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ مِنَ الْأُمِّ، حِصَّةَ قِصَاصِ نَفْسِهِ، وَلَمْ يَرِثْ قَاتِلُ الْأُمِّ مِنَ الْأُمِّ شَيْئًا؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ مَحْرُومٌ؛ هَذَا إِنْ كَانَتْ الْأُمُّ زَوْجَةَ الْأَبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ قِصَاصَ صَاحِبِهِ.

(الْحَصْلَةُ الرَّابِعَةُ: التَّفَاوُتُ فِي تَأْبِيدِ الْعِصْمَةِ؛ وَذَلِكَ لَا يُعْتَبَرُ فَيُقْتَلُ الذَّمِّيُّ بِالْمُعَاهَدِ.

(الْحَصْلَةُ الْخَامِسَةُ): فَضِيلَةُ الذُّكُورَةِ، لَا يُعْتَبَرُ؛ فَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ.

(فَرَعٌ): إِذَا قَطَعَ رَجُلٌ ذَكَرَ خُنْثَى مُشْكِلاً، وَشَفَرَنِيَّةً دِيَةً، فَلَا قِصَاصَ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّ الْمَقْطُوعَ أَمْرَأَةً، وَلَوْ عَفَا عَنِ الْقِصَاصِ، سَلَّمَ إِلَيْهِ (و) دِيَّةَ الشُّفَرَيْنِ وَحُكُومَهُ؛ [...] أَخَذًا بِأَحْسَنِ التَّقْدِيرَيْنِ؛ فَإِنَّهُ الْمُسْتَيْقِنُ، فَإِنْ لَمْ يَعْفُ، فَلَا يُقَدَّرُ دِيَّةُ الذَّكَرِ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهِ مُتَوَقَّعٌ، بَلْ يُضَرَفُ إِلَيْهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ (و) مِنْ حُكُومَةِ الشُّفَرَيْنِ بِاعْتِبَارِ الذُّكُورَةِ، أَوْ دِيَّةَ الشُّفَرَيْنِ وَحُكُومَةِ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيْنِ عَلَى تَقْدِيرِ الْأُنْثَوَةِ، وَإِنْ كَانَ الْقَاطِعُ أَمْرَأَةً، فَلَا يُقَدَّرُ دِيَّةَ الشُّفَرَيْنِ، بَلْ يُضَرَفُ حُكُومَةُ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيْنِ عَلَى تَقْدِيرِ الْأُنْثَوَةِ، فَإِنَّهُ أَقْلُ مِنْ تَقْدِيرِ حُكُومَةِ الشُّفَرَيْنِ مَعَ دِيَّةِ الذَّكَرِ، وَإِنْ كَانَ الْقَاطِعُ خُنْثَى، لَمْ نَضْرِفْ (و) إِلَيْهِ قَبْلَ الْعَفْوِ إِذْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَخْرُجَا مُتَوَافَيْنِ، فَتُخْرِجُ الْقِصَاصَ فِي الْعُضْوِ الزَّائِدِ مَعَ الْأَصْلِيِّ.

وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَعْفُ عَنِ الْقِصَاصِ، لَمْ يُضَرَفْ إِلَيْهِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ يَذَرِي أَنَّ الْمَأْخُوذَ دِيَّةً أَوْ حُكُومَةً، وَلَوْ كَانَ الْقَاطِعُ رَجُلًا، فَقَالَ: أَقْرَزْتُ بِأَنَّكَ أَمْرَأَةً، فَلَا قِصَاصَ فِي الذَّكَرِ، وَقَالَ الْمَقْطُوعُ: بَلْ أَقْرَزْتُ بِأَنِّي رَجُلٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي فِي قَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقِصَاصِ.

وَقَوْلُ الْخُنْثَى؛ فِي قَوْلِهِ؛ لَأَنَا نَحْكُمُ لَهُ بِالذُّكُورَةِ يَقُولُهُ، مَهْمَا قَالَ: إِنِّي رَجُلٌ.

(الْحَصْلَةُ السَّادِسَةُ): التَّفَاوُتُ فِي الْعَدَدِ لَا يُؤَثِّرُ بَلْ يُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ (م) وَبِالْوَاحِدِ، وَالْوَاحِدُ إِذَا قَتَلَ جَمَاعَةً (و) ح (م)، قَتَلَ بِوَاحِدٍ، وَلِلْبَاقِينَ الرُّجُوعُ إِلَى الدِّيَاتِ، وَلَا قِصَاصَ (م) وَ (و) عَلَى شَرِيكِ الْخَاطِئِ وَيَجِبُ عَلَى شَرِيكِ الْأَبِ، وَشَرِيكِ كُلِّ عَامِدٍ ضَامِنٌ وَفِي شَرِيكِ الْحَزْبِيِّ وَشَرِيكِ الْجَلَادِ

(ح)، وَمُسْتَوْفِي الْقِصَاصِ وَالْجَارِحِ فِي حَالَةِ الرَّدَّةِ، وَكُلُّ عَامِدٍ لَيْسَ بِضَامِنٍ: قَوْلَانِ، وَالسَّبْعُ مُلْحَقٌ بِالْخَاطِيءِ؛ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، لَا بِالْحَزْبِيِّ، وَشَرِيكُ السَّيِّدِ كَشْرِيكِ الْأَبِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ ضَمَّنَ الْكُفَّارَةَ، وَإِنْ لَمْ يَضْمِنْ الدِّيَّةَ، وَشَرِيكُ مَنْ جَرَحَ بِنَفْسِهِ؛ كَشْرِيكِ السَّيِّدِ، إِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ الْكُفَّارَةُ بِقَتْلِ النَّفْسِ.

(فَرَعٌ): إِذَا صَدَرَتْ جَرَاحَتَانِ مِنْ وَاحِدٍ، وَإِخْدَاهُمَا غَيْرُ مُوجِبَةٍ، فَلَا قِصَاصَ؛ كَمَا لَوْ جَرَحَ عَمْدًا وَخَطَأً، أَوْ جَرَحَ حَزْبِيًّا، ثُمَّ أَسْلَمَ، فَجَرَحَهُ ثَانِيًّا، أَوْ جَرَحَ مُسْتَوْفِي الْقِصَاصِ وَالْحَدِّ بَعْدَ اسْتِيفَائِهِ، وَلَوْ دَاوَى الْمَجْرُوحَ بِنَفْسِهِ بِسُمِّ مُدَقِّقٍ، يَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنِ الْجَارِحِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُدَقِّقًا، صَارَ الْجَارِحُ شَرِيكُ النَّفْسِ، وَكَذَا إِذَا خَاطَ الْمَجْرُوحُ جُرْحَهُ فِي لَحْمٍ حَيٍّ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْمُتَدَاوِيَّ مُخْطِئٌ، فَهُوَ شَرِيكُ الْخَاطِيءِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ قُرُوحٌ، أَوْ بِهِ مَرَضٌ، وَالْجَارِحُ لَا يَصِيرُ بِهِ شَرِيكًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُضَافُ إِلَى الْإِخْتِيَارِ، وَلَوْ تَمَالَأَ جَمْعٌ عَلَى وَاحِدٍ، وَضُرِبَ كُلُّ وَاحِدٍ سَوْطًا، سَقَطَ الْقِصَاصُ؛ فِي وَجْهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ خَاطِئٌ، وَوَجِبَ فِي وَجْهِ؛ حَسْمًا لِلدَّرِيعَةِ، وَوَجِبَ فِي الثَّلَاثِ، إِنْ كَانَ عَنْ تَوَاطُيٍّ، وَلَوْ جَرَحَهُ وَنَهَشْتُهُ حَيَّةً، فَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَّةِ، وَلَوْ جَرَحَهُ مَعَ ذَلِكَ سَبْعٌ، فَعَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَّةِ.

وَقِيلَ: النِّصْفُ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى عَدَدِ الْحَيَوَانِ.

(فَضْلٌ: فِي تَغْيِيرِ الْحَالِ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ)، وَلَهُ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ:

(الْحَالَةُ الْأُولَى: فِي طَرِيَانِ الْعِصْمَةِ)، فَلَوْ جَرَحَ مُرْتَدًّا، أَوْ حَزْبِيًّا، فَأَسْلَمَ، ثُمَّ مَاتَ، فَفِي جُوبِ الصَّمَانِ وَجْهَانِ، وَالْأَصَحُّ الشَّقُوطُ، وَلَوْ جَرَحَ عَبْدٌ نَفْسَهُ، وَأَغْتِقَ، ثُمَّ مَاتَ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأُولَى بِالْوُجُوبِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ، فَلَوْ رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ أَوْ عَبْدٍ، ثُمَّ طَرَأَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ، فَفِي الْوُجُوبِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ قَارَنْتَ أَوَّلَ الْإِصَابَةِ، وَإِنْ لَمْ تُقَارِنْ الرَّمْيَ، فَإِنْ حَفَرَ بِثَرَاءٍ، فَتَرَدَّى فِيهِ مَنْ كَانَ مُرْتَدًّا عِنْدَ الْحَفْرِ، وَجَبَ الصَّمَانُ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا فِي جُرْحِ الْحَزْبِيِّ، إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ الْمَوْتِ، فَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ خَطَأً بِالْإِضَافَةِ إِلَى عِصْمَةِ الْإِسْلَامِ.

(الْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ): أَنْ يَطْرَأَ الْمُهِدِرُ؛ كَمَا لَوْ جَرَحَ مُسْلِمًا، فَأَزْتَدَّ، وَمَاتَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا أَرْضُ الْجِنَايَةِ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ مُهِدَرَةٌ، وَلِوَلِيَّةِ الْمُسْلِمِ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ أُولَى بِالتَّشْفِي مِنَ الْإِمَامِ.

وَقِيلَ: الْإِمَامُ أُولَى بِهِ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يُورَثُ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ، فَأَزْتَدَّ وَمَاتَ، فَدِيَّةٌ وَاحِدَةٌ؛ كَمَا لَوْ مَاتَ مُسْلِمًا.

وَقِيلَ: دِيَتَانِ؛ لِأَنَّا لَوْ أَدْرَجْنَا، لَأَهْدَرْنَا.

وَقِيلَ: لَا شَيْءَ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ صَارَ قَتْلًا، وَصَارَ مُهِدَرًا.

(الْحَالَةُ الثَّلَاثَةُ) لَوْ تَحَلَّلَ الْمُهِدِرُ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ؛ كَمَا لَوْ أَزْتَدَّ، ثُمَّ أَسْلَمَ، فَفِي الْقِصَاصِ قَوْلَانِ، إِنْ قُرِبَ الزَّمَانُ؛ لِمُقَارَنَةِ الْإِهْدَارِ بَعْضُ أَجْزَاءِ السَّبَبِ، وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ، فَالْصَّحِيحُ

السُّقُوطُ^(١)؛ كَمَا لَوْ جَرَحَهُ فِي حَالَةِ الرَّدَّةِ، فَفِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ، إِذِ الْجِرَاحَةُ تَسْرِي فِي الرَّدَّةِ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا الْقِصَاصَ، وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَةِ، إِنْ كَانَ خَطَأً.

وَقِيلَ: ثُلُثُ الدِّيَةِ؛ تَوْزِيْعاً عَلَى الْأَخْوَالِ الثَّلَاثِ.

وَقِيلَ: نِصْفُ الدِّيَةِ؛ تَوْزِيْعاً عَلَى الْعِصْمَةِ وَالْإِهْدَارِ.

(الْحَالَةُ الرَّابِعَةُ): طَرِيْقَانِ مَا يُغَيِّرُ مِقْدَارَ الدِّيَةِ؛ كَمَا لَوْ جَرَحَ ذَمِيًّا، فَأَسْلَمَ أَوْ عَبْدًا، فَأَعْتَقَ، ثُمَّ مَاتَ، وَالنَّظَرُ فِي الْقَدْرِ إِلَى حَالَةِ (ح) الْمَوْتِ، وَلَوْ فَقَا عَيْنِي عَبْدٌ قِيَمَتُهُ مِائَتَانِ مِنَ الْإِبِلِ، فَعَتَقَ، فَمَاتَ، فَعَلَيْهِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَيُضْرَفُ إِلَى السَّيِّدِ؛ كَيْلًا تَضِيْعُ الْجَنَائِيَةُ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَطَعَ إْحْدَى يَدَيِ عَبْدٍ، فَعَتَقَ، فَمَاتَ، فَالْمَضْرُوفُ إِلَى السَّيِّدِ؛ فِي قَوْلٍ، أَقُلُّ (ح) الْأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ أَوْ كُلِّ الْقِيَمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ الْوَاجِبَ أَقُلُّ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِرًا بِالْجَنَائِيَةِ عَلَى الْمَلِكِ أَوَّلًا، أَوْ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ الْقِيَمَةِ، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي يُضْرَفُ إِلَيْهِ أَقُلُّ (ح) الْأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ، أَوْ نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ الْمَضْرُوفَ إِلَيْهِ أَقُلُّ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِرًا بِالْجَنَائِيَةِ عَلَى الْمَلِكِ أَوَّلًا أَوْ مُجَرَّدُ أَرْضِ الْجَنَائِيَةِ عَلَى الْمَلِكِ، وَلَوْ قَطَعَ إْحْدَى يَدَيِ عَبْدٍ، فَعَتَقَ، ثُمَّ جَرَحَهُ رَجُلَانِ آخَرَانِ، فَعَلَى جَمِيعِهِمْ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ، وَعَلَى الْجَانِي فِي الرُّقِّ الثَّلَاثُ، وَلِلْسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلٍ، أَقُلُّ (ح) الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ، أَوْ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ الْقِيَمَةِ، وَهُوَ ثُلُثُ الْقِيَمَةِ.

وَفِي قَوْلٍ أَقُلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ؛ أَوْ نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَهُوَ أَرْضُ جَنَائِيَةِ الْمَلِكِ، الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا عَادَ، وَهُوَ فِي الْعَتَقِ، وَجَرَحَ جُرْحًا ثَانِيًّا، فَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَلَكِنْ بِجِرَاحَتَيْنِ، حِصَّةُ جَنَائِيَةِ الرُّقِّ نِصْفُهُ، وَهُوَ السُّدُسُ، فَالْمَضْرُوفُ إِلَى السَّيِّدِ الْأَقْلُ مِنْ سُدُسِ الدِّيَةِ، أَوْ سُدُسُ الْقِيَمَةِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَعَلَى قَوْلٍ هُوَ الْأَقْلُ مِنْ سُدُسِ الدِّيَةِ أَوْ نِصْفُ الْقِيَمَةِ، ثُمَّ حَقَّ السَّيِّدُ فِي الدَّرَاهِمِ، وَالْوَاجِبُ عَلَى الْجَانِي الْإِبِلُ، وَالْخِيَرَةُ إِلَى الْجَانِي، فَإِنْ سَلَّمَ الْإِبِلَ، فَهِيَ وَاجِبَةٌ، وَإِنْ سَلَّمَ الدَّرَاهِمَ، فَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ أَلَا مِتْنَاغٌ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ.

وَقِيلَ: الْإِبِلُ هُوَ الْوَاجِبُ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَعَيَّنُ.

(النُّوعُ الثَّانِي: الْقِصَاصُ فِي الطَّرَفِ)، وَهُوَ فِي شَرْطِ الْقَطْعِ وَالْقَاطِعِ وَالْمَقْطُوعِ؛ كَمَا ذَكَرْنَا فِي شَرْطِ الْقَطْعِ وَالْقَاتِلِ وَالْمَقْتُولِ لَا يُفَارِقُهُ (ح) فِي التَّفَاوُتِ فِي الْبَدَلِ، تُقَطَّعُ (ح) يَدُ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ بِالْحُرِّ، وَلَا تُقَطَّعُ السَّيْلِمَةُ بِالسَّلَاءِ، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بَغَضًا مِنْ صَاحِبِهَا^(٢)، وَالْأَيْدِي تُقَطَّعُ (ح)

(١) قال الرافي: «وإن طال الزمان، فالصحيح السقوط» أي من القولين. [ت]

(٢) قال الرافي: «ولا تقطع السليمة بالسَّاء؛ لأنها ليست بغضاً من صاحبها» المسألة مذكورة من بعد في التفاوت الثاني في الصفات وأشار بذكره ها هنا إلى أنا وإن لم نُرَاعَ في قصاص الطرف التساوي في العدل حتى تقطع يد الرجل بيد المرأة، لكن يراعى نسبة الطرفين إلى الجملتين واليد السَّاء ليست بغضاً من صاحبها بخلاف الصحيحة. [ت] في أصل الوجيز «نصفاً» وفي أصل التذنيب بضعا.

بِالْيَدِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ الْأَشْتِرَاكِ فِي جَمِيعِ أَجْزَاءِ الْقَطْعِ .

وَلَيْتَمَا تَفَارِقُ النَّفْسَ فِي أَمْرَيْنِ :

(أَحَدُهُمَا) : أَنَّ الْأَجْسَامَ لَا تُضْمَنُ بِالسَّرَايَةِ نَصًّا ؛ بِخِلَافِ الرُّوحِ ، وَفِيهِ تَخْرِيجٌ ؛ أَنَّهُ كَالرُّوحِ

(و) .

(الثَّانِي) : أَنَّ الْجِنَايَةَ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ قَابِلَةً لِلضُّبْطِ ؛ حَتَّى يُسْتَوْفَى مِنْهَا .

(وَالْجِنَايَاتُ ثَلَاثٌ) : جُرْحٌ ، وَإِبَانَةُ طَرْفٍ ، وَإِزَالَةُ مَنْفَعَةٍ :

(أَمَّا الْجُرْحُ) : فَفِي الْمَوْضِخَةِ الَّتِي تُوضِحُ الْعَظْمَ مِنَ الرَّأْسِ أَوْ الْجَنْبَةِ أَوْ الْخَدِّ أَوْ قَصَبَةِ الْأَنْفِ الْقِصَاصُ ، وَلَا قِصَاصَ فِيمَا بَعْدَهَا مِنَ الْهَاشِمَةِ لِلْعَظْمِ ، أَوْ الْمُتَقَلَّةِ لَهُ ، أَوْ الْأَمَةِ الْبَالِغَةِ إِلَى أَمِّ الرَّأْسِ ، أَوْ الدَّامِغَةِ الْخَارِقَةِ لِخَزِيْطَةِ الدَّمَاعِ ، وَلَا فِيمَا قَبْلَ الْمَوْضِخَةِ مِنَ الْحَارِصَةِ الَّتِي تَشُقُّ الْجِلْدَ ، أَوْ الدَّامِغَةِ الَّتِي تُسِيلُ الدَّمَ ، وَأَمَّ الْبَاصِعَةَ الَّتِي يَخْزِقُ يُبْضَعُ اللَّحْمُ أَوْ الْمُتَلَاخِمَةُ الَّتِي تَغْوِصُ فِي اللَّحْمِ عَرَضًا بِالْعَا ، فَقَوْلَانِ ؛ لِأَنَّ الضُّبْطَ مُمَكِّنٌ عَلَى عُسْرٍ ، وَذَلِكَ بِالنَّسْبَةِ ، فَإِذَا قُطِعَ نِصْفَ لَحْمِهِ إِلَى الْعَظْمِ ، قُطِعْنَا نِصْفَ اللَّحْمِ إِلَى الْعَظْمِ ، فَإِنْ شَقَّ مَارِنَهُ أَوْ أُذُنَهُ ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوَّلَى بِالْوُجُوبِ ؛ لِأَنَّ ضَبْطَهُ أَيْسَرُ ، وَلَوْ قُطِعَ بَعْضُ كُوعِهِ ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوَّلَى بِالْأَلَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّ الْمُرُوقَ وَالْأَغْصَابَ مُخْتَلِفَةُ الْوَضْعِ فِيهِ ، وَأَمَّا الْمَوْضِخَةُ عَلَى الصَّدْرِ وَسَائِرِ الْبَدَنِ ، فَلَا يَتَقَدَّرُ دِيْنَتُهَا ، وَلَكِنْ يَجْرِي الْقِصَاصُ فِيهَا ؛ عَلَى أَقْيَسِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِإِمْكَانِ الضُّبْطِ .

(وَأَمَّا الْأَطْرَافُ) ، فَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي جَمِيعِ الْمَفَاصِلِ ، إِلَّا فِي أَضَلِّ الْمَنْكِبِ وَالْفَخِذِ ، إِذَا لَمْ يُمْكِنْ إِلَّا بِإِجَافَةٍ .

وَقِيلَ : إِنَّهُ لَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّ أَضَلَّ الْإِجَافَةِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ .

وَفِي مَعْنَى الْمَفَاصِلِ أَبْعَاضُ الْمَارِنِ وَالْأُذُنِ وَالْأَنْثَيْنِ وَالذَّكَرِ وَالْأَجْفَانِ وَالشَّفَتَيْنِ (و) وَالشُّفْرَيْنِ (و) ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ التَّقْدِيرَ ، وَلَا قِصَاصَ فِي فَلَقَةٍ مِنَ الْفَخِذِ ؛ لِأَنَّ سُمْكَهُ لَا يَنْضَبِطُ ، وَالْعَجْزُ بَيْنَ أَنْيَاسِطِ الْفَخِذِ وَتَوُّ الذَّكَرِ فِيهِ تَرَدُّدٌ ، وَلَا قِصَاصَ فِي كَسْرِ الْعِظَامِ ، لَكِنْ يُقْطَعُ (ح) أَقْرَبُ الْمَفْصِلِ إِلَيْهِ مَعَ حُكُومَةِ الْبَقِيَّةِ ، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسُهُ مَعَ الْهَشْمِ ، فَالْقِصَاصُ (ح) فِي الْمَوْضِخَةِ ، وَالْأَرْضُ فِي الْهَشْمِ وَلَوْ قُطِعَ مِنَ الْمِرْقَوِ ، لَمْ يَجْزَلْهُ (و) الْقَطْعُ مِنَ الْكُوعِ ، وَلَوْ كَسَرَ عَظْمَ الْعَضْدِ ، فَفِي الْقَطْعِ مِنَ الْكُوعِ مَعَ تَرْكِ أَرْضِ السَّاعِدِ وَجْهَانِ^(١) ، وَإِذَا سَقَطَ أَرْضُ السَّاعِدِ ، فَفِي أَرْضِ بَقِيَّةِ الْعَضْدِ عِنْدَ عُدُولِهِ إِلَى الْكُوعِ

(١) قال الرانعي : « وإن كسر عظم العضد ففي القطع من الكوع مع ترك أرض الساعد وجهان » قضية ظاهرة تقييد الوجهين بما إذا قطع من الكوع تاركاً حكومة الساعد ولم يتعرض له الإمام وغيره ، بل أطلقوا الوجهين ، ثم فرعوا عليها حكومة الساعد فقالوا : إن جَوَزْنَا له القطع من الكوع فقطع فهل له حكومة الساعد؟ فيه وجهان أشبههما نعم . [ت]

عُدَوَانًا وَجَهَانًا^(١)، وَلَوْ عَدَلَ إِلَى لَفِطِ الْأَصَابِعِ، مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكُوعِ، لَمْ يَجْزَ لِتَعُدُّدِ الْجِرَاحَةِ.

(وَأَمَّا الْمَعَانِي)، فَالْسَّمْعُ وَالْبَصَرُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا بِالسَّرَايَةِ عِنْدَ إِيضَاحِ الرَّأْسِ، وَلَوْ قَطَعَ بَغْضُ الْأَصَابِعِ، فَتَأَكَّلَ الْبَاقِي بِالسَّرَايَةِ، لَمْ يَضْمَنْ الْأَجْسَامَ بِالسَّرَايَةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُقَصَّدُ، هَذَا نَصُّهُ^(٢).

وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَفِي إلْحَاقِ الْعَقْلِ وَالْبَطْشِ بِالْبَصَرِ تَرُدُّدٌ؛ لِبُعْدِهِمَا عَنِ التَّنَازُلِ بِالسَّرَايَةِ، وَلَوْ قَطَعَ مُسْتَحِقُّ الْيَدِ بَغْضَ الْأَصَابِعِ، فَتَأَكَّلَ الْبَاقِي، فَنَفِي تَأْدِي الْقِصَاصِ بِهِ قَوْلَانِ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ خَطَأً، أَوْ كَانَ الْمُسْتَحِقُّ مَجْنُونًا، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ، فَتَمَعَّطَ شَعْرُهُ، فَأَوْضَحْنَا رَأْسَهُ، فَتَمَعَّطَ شَعْرُهُ، فَنَفِي وَقُوعِ الشَّعْرِ قِصَاصًا خِلَافًا، وَأَوَّلَى بِالْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الشَّعْرِ لَا قِصَاصَ فِيهِ، وَوَجْهُهُ وَوُجُوعُهُ؛ أَنَّهُ تَابِعٌ لِلْإِيضَاحِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي الْمُمَازَلَةِ)، وَالتَّفَاوُتِ فِي ثَلَاثَةِ:

(التَّفَاوُتُ الْأَوَّلُ): تَفَاوُتُ الْمَحَلِّ وَالْقَدْرِ، فَلَا يُقَطَّعُ الْيُمْنَى بِالْيُسْرَى، وَلَا السَّيِّئَةُ بِالْوُسْطَى، وَلَا أَضْبَعُ زَائِدَةٌ بِأُخْرَى عِنْدَ تَفَاوُتِ الْمَحَلِّ، وَإِنْ تَسَاوَتِ الزَّائِدَتَانِ فِي الْحُكُومَةِ، وَاخْتَلَفَا فِي الْحَجْمِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُمَا أَسْمٌ أَصْلِيٌّ؛ بِخِلَافِ يَدِ الصَّغِيرِ مَعَ الْكَبِيرِ، وَالتَّفَاوُتُ فِي الْمَوْضِيعَةِ يُؤَثِّرُ، أَعْنِي فِي سَعَتِهَا، لَا فِي عَوْضِهَا (و)، وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ، اسْتَوْعَبْنَا رَأْسَهُ، وَلَمْ يُكْمَلْ بِالْقَفَا، بَلْ ضَمَمْنَا (ح) إِلَيْهِ الْأَرَشَ، وَلَوْ كَانَتْ نَاصِيَةُ الْجَانِي أَصْغَرَ، وَقَدْ أَوْضَحَ نَاصِيَةَ غَيْرِهِ، كَمَلْنَا (و) بِمَا حَوَالَيْهِ، لِشُمُولِ أَسْمِ الْمَوْضِيعَةِ، وَلَوْ زَادَ عَلَى مَا اسْتَحَقَّهُ قِصَاصًا، فَعَلَيْهِ أَرَشٌ كَامِلٌ لِيَلْتَكِ الزِّيَادَةُ لِأَنَّهُ فَازَقَ الْبَقِيَّةَ فِي الْحُكْمِ، فَأَفْرَدَ بِحُكْمِ.

وَقِيلَ عَلَيْهِ قِسْطٌ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مُوَضِيعَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ اشْتَرَكُوا فِي إِيضَاحِ، اخْتُمِلَ (و) أَنْ يُورَعَ الْمِقْدَارُ عَلَيْهِمْ، وَاخْتُمِلَ أَنْ يُوضَعَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلُهُ.

(التَّفَاوُتُ الثَّانِي: فِي الصِّفَاتِ)، وَلَا يُقَطَّعُ الْيَدُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلَاءِ، وَيُقَطَّعُ (و) الشَّلَاءُ بِالصَّحِيحَةِ، إِنْ قَنَعَ بِهَا، وَلَا يَضْمُ إِلَيْهَا أَرَشٌ^(٣)، وَكَذَا ذَكَرُ الْأَشْلُ، وَشَلُّ الذَّكَرِ الْأُيُوقَلُّصَ فِي بَرِّدٍ، وَلَا يَسْتَرْسِلُ فِي حَرْوٍ وَيُقَطَّعُ ذَكَرُ (ح م) الصَّحِيحِ بِذَكَرِ الْعَيْنِ وَالْخَصِيِّ وَالصَّبِيِّ؛ إِذْ لَا خَلَلَ فِي نَفْسِ الْعَضْوِ، كَمَا يُقَطَّعُ أُذُنُ السَّمِيعِ بِالْأَصَمِّ، وَأَنْفُ السَّلِيمِ بِالْأَخْشَمِ وَأَنْفُ الصَّحِيحِ بِالْمَجْدُومِ، إِلَّا إِذَا أَخَذَ الْجُدَامُ فِي التَّفَقُّتِ، وَحَدَقَ الْعَمِيَاءُ وَلِسَانَ الْأَبْكَمِ كَالشَّلَاءِ، وَيُقَطَّعُ الْأُذُنُ الصَّحِيحَةُ بِالْمَثْقُوبَةِ

(١) قال الرافعي: «وإذا سقط أَرَشُ الساعد ففي أَرَشِ بقية العضد عند عدوله إلى الكوع عدواناً وجهان» حكاية الوجهين في حكومة بقية العضد لا يكاد يوجد لغير صاحب الكتاب، والذي يوجد أنها تجب؛ لأن استيفاء تلك البقية متعذر شرعاً، ولم يوجد فيها من المجني عليه عدوى. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما المعاني فالسمع والبصر يجب القصاص فيهما بالسراية إلى قوله: هذا نصه» السياق يشعر بأن النص في السمع والبصر وجوب القصاص بالسراية، وفي الأجسام المنع، وليس في السمع نقل نصي، وإنما النص في البصر والحق السمع به على اختلاف فيه. [ت]

(٣) قال الرافعي: ويقطع الشَّلَاءُ بالصحيحة إن قنع بها، ولا يضم إليه أَرَشٌ مُغْنٍ عن قوله: إن قنع بها. [ت]

مِنْ أَذُنِ النِّسَاءِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ شَيْئٌ، وَلَا تُسْتَوْفَى كَامِلَةً بِأَذُنٍ مَجْدُومَةٍ، قُطِعَ بَعْضُهَا، وَلَوْ كَانَ أَظْفَارُ
الْمَجْنُونِ مُتَقَرَّعَةً أَوْ مُحْصَرَةً أَوْ مَقْلُوعَةً، قُطِعَ بِهَا الصَّحِيحَةُ^(١)، نَظَرًا إِلَى كَمَالِ أَرْضِ الْأُتْمَلَةِ مِنْ غَيْرِ
ظُفْرِ، وَلَوْ قُطِعَ أَذُنُهُ، ثُمَّ أُلْتَصِقَ فِي حَرَارَةِ الدَّمِ، لَمْ يَنْسَقِطِ الْقِصَاصُ، وَوَجِبَ قَطْعُهُ، إِنْ قُلْنَا إِنَّهُ
نَجِسٌ.

وَلَا يُقْلَعُ سِنَّ الْبَالِغِ بِسِنِّ الصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يُبْغَرْ، وَكَذَا إِذَا فَسَدَ مَنِيْتُ الصَّبِيِّ لَكِنْ عَلَى أَحَدِ
الْقَوْلَيْنِ، لِأَنَّ سِنَّ الصَّبِيِّ فَضْلَةٌ فِي الْأَصْلِ، وَسِنَّ الْبَالِغِ أَصْلِيٌّ^(٢)،

وَأِنْ أَعَادَ سِنَّ الْبَالِغِ، فِيهِ سَقُوطُ (و) الْقِصَاصِ قَوْلَانِ، وَلَوْ عَادَتِ الْمُوضِحَةُ مُلْتَمِئَةً، لَمْ
يَنْسَقِطِ الْقِصَاصُ، وَلَوْ قُطِعَ فَلَقَةً مِنْ طُولِ لِسَانِهِ، فَعَادَ، فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْمُوضِحَةِ وَالسِّنِّ، فَإِنْ حَكَمْنَا
بِسَقُوطِ الْقِصَاصِ، وَكَانَ قَدْ اسْتَوْفَاهُ، لَزِمَهُ الدِّيَّةُ، وَإِنْ كَانَ الْعَائِدُ سِنَّ الْجَانِي، فَهَلْ يَقْلَعُهُ عَلَى هَذَا
الْقَوْلِ ثَانِيًا وَثَالِثًا إِلَى إِفْسَادِ الْمَنِيِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْتَفَاوُتُ الثَّلَاثُ: فِي الْعَدَدِ)، فَإِنْ كَانَ يَدُ الْجَانِي نَاقِصًا بِأَصْبُعٍ، قُطِعَتْ (ح) وَطُولِبَ
بِالْأَرُشِ، وَإِنْ كَانَ النَّاقِصُ يَدَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ كَانَ (ح) لَهُ لَقَطُ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى يَدِ
الْجَانِي أَصْبَعَانِ شَلَّوَانِ، فَلَهُ لَقَطُ الْأَصَابِعِ الثَّلَاثِ، وَلَهُ دِيَّةُ الْأَصْبُعَيْنِ، وَحُكُومَةُ الْكَفِّ يَنْدَرِجُ تَحْتَ
جَمِيعِ الْأَصَابِعِ؛ قَوْلًا وَاحِدًا، وَهَلْ يَنْدَرِجُ تَحْتَ قِصَاصِ الْأَصَابِعِ، وَهَلْ يَنْدَرِجُ بَعْضُهُ تَحْتَ دِيَّةِ
بَعْضِ الْأَصَابِعِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالصَّحِيحُ (و)؛ أَنَّهُ لَا يَنْدَرِجُ تَحْتَ حُكُومَةِ الْأَصْبُعِ الشَّلَاءِ، وَإِنْ كَانَ
عَلَى يَدِ الْجَانِي سِتُّ أَصَابِعٍ مُتَسَاوِيَةٍ لَيْسَ فِيهَا زَائِدٌ، فَلِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ أَنْ يَلْقُطَ خُمْسًا، وَيُطَالِبَ بِسُدُسِ
دِيَّةِ الْيَدِ، وَيُحْطَ شَيْءٌ بِالْاجْتِهَادِ؛ لِأَنَّ كُلَّ سُدُسٍ اسْتَوْفَاهُ، كَانَ فِي صُورَةِ خُمْسٍ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا
زِيَادَةٌ بِالْفِطْرَةِ، أَلْتَبَسَ عَلَى أَهْلِ الصَّنْعَةِ؛ فَلَا قِصَاصَ خِيفَةً مِنْ أَخْذِ الزِّيَادَةِ بِالْأَصْلِيَّةِ، فَإِنْ بَادَرَ وَلَقَطَ
خُمْسًا، فَهُوَ تَمَامُ حَقِّهِ، وَلَا أَرْضَ لَهُ بَعْدَهُ، وَإِنْ اخْتَمَلَ أَنْ تَكُونَ الزَّائِدَةُ هِيَ الْمُسْتَوْفَاةُ، وَلَوْ قَسَمَتْ
الْقُوَّةُ الْمُدْبِرَةُ — بِإِذْنِ اللَّهِ تَعَالَى — أَصْبَعًا وَاحِدَةً بِأَرْبَعِ أُنَامِلٍ مُتَسَاوِيَةٍ، فَقَطَعَ صَاحِبُهَا أُتْمَلَةً مِنْ
مُعْتَدِلَةٍ، قَطَعْنَا وَاحِدَةً، وَطَالِبْنَا بِمَا بَيْنَ الرَّبْعِ وَالثَّلْثِ، وَإِنْ قَطَعَ ثِنْتَيْنِ، قَطَعْنَا ثِنْتَيْنِ، وَطَالِبْنَا بِمَا
بَيْنَ النِّصْفِ وَالثُّلُثَيْنِ، وَإِنْ قَطَعَ ثَلَاثَةً، قَطَعْنَا ثَلَاثَةً، وَطَالِبْنَا بِمَا بَيْنَ الْكُلِّ وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ، وَلَوْ قَطَعَ
الْأُتْمَلَةُ الْوُسْطَى مِمَّنْ لَا عَلِيًّا لَهُ، وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَتَعَدَّرَ الْأَسْتِيفَاءُ، فَإِنْ سَقَطَتْ عَلَيَا الْجَانِي بِاقَةٍ أَوْ
جَنَائِيَّةٍ، اسْتَوْفِيَتِ الْوُسْطَى، وَهَلْ يُطَالِبُ فِي الْحَالِ بِأَرْضٍ؟ يُبْنَى عَلَى أَنَّ الْمَجْنُونَ إِذَا ثَبَتَ لَهُ

(١) قال الرافعي: ولو كانت أظفار الجاني متقرعة أو محصورة أو مقلوعة قطع الصحيحة هذا احتمال ذكره
الإمام في المقلوعة والمنقول عن النص، والذي أخذ به الأصحاب أن الصحيح أنه لا يقطع بمقلوعة
الأظفار. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يقلع سن البالغ بسن الصبي الذي لم يغير، وكذا إن فسد منبت الصبي لكن على أحد
القولين؛ لأن سن الصبي فضلة في الأصل، وسن البالغ أصلي» لم أر حكاية القولين لغير صاحب الكتاب
وإنما الذي أطلقوه وجوب القصاص عند فساد المنبت وقال الإمام بعد نقل الوجوب عن الأصحاب وفي
القلب منه شيء، لأن السن من غير المنغور غير عضو قصاص فلا تتجه مقابلتها بعضو القصاص. [ت]

الْقِصَاصُ، هَلْ يُطَالَبُ لَهُ بِأَرْشٍ؛ لِلْحَيْلُولَةِ؟ وَالنَّصْرُ أَنَّهُ يُطَالَبُ، وَفِي الصَّبِيِّ لَا يُطَالَبُ، فَقِيلَ:
بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا نَفْيًا وَإِثْبَاتًا؛ تَخْرِيجًا، وَفِي طَلَبِ الْأَرْشِ؛ لِأَجْلِ الْحَيْلُولَةِ بِعُذْرِ الْحَمْلِ خِلَافَ مُرْتَبِّ
عَلَى الصَّبِيِّ، وَأَوَّلَى بِالْأُطَالِبِ، لِأَنَّ أَمَدَ الْحَمْلِ قَرِيبٌ، فَتَوَقَّعَ سُقُوطُ الْعُلْيَا بِأَفْوَةٍ؛ كَتَوَقُّعِ الْمَجْنُونِ
الْإِفَاقَةَ.

(فَزَعُ): لَوْ قَدْ مَلُفُوفًا فِي نَوْبٍ بِنِصْفَيْنِ، فَأَدَّعَى مَوْتَهُ، فَلَا أَصْلَ عَدَمِ الْقِصَاصِ مِنْ جَانِبِهِ،
وَأَسْتَمَرَّازُ الْحَيَاةِ مِنْ جَانِبِ الْمَلْفُوفِ، فَيَخْرُجُ التَّضْدِيقُ عَلَى تَقَابُلِ الْأَصْلَيْنِ، وَلَوْ أَدَّعَى نُقْصَانَ يَدِ
الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ بِأُصْبُعٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ فِي قَوْلِي؛ إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الْقِصَاصِ. وَقَوْلُ الْمَجْنُونِ فِي قَوْلِ، إِذِ
الْأَصْلُ السَّلَامَةُ.

وَفِي الثَّلَاثِ؛ يُفَرَّقُ بَيْنَ الْعُضْرِ الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ، فَيُصَدِّقُ الْمَجْنُونُ فِي الْعُضْرِ الْبَاطِنِ؛ لِعُسْرِ
الْبَيِّنَةِ، وَالْبَاطِنُ مَا يَجِبُ سَتْرُهُ شَرْعًا؛ عَلَى رَأْيٍ. وَمُرُوءَةٌ عَلَى رَأْيٍ.

وَفِي الرَّابِعِ؛ يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ نَفْيَ السَّلَامَةِ أَصْلًا، أَوْ زَوَالَهَا طَارِئًا، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ،
فَمَاتَ، فَقَالَ وَلِيُّ الدَّمِّ: مَاتَ بَعْدَ الْإِنْدِمَالِ، وَعَلَيْكَ دِيْنَانِ، وَقَالَ الْجَانِي: بَلْ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ، فَإِنْ
كَانَ الظَّاهِرُ يُصَدِّقُ أَحَدَهُمَا، صُدِّقَ، وَإِلَّا فَهُوَ خَارِجٌ (و) عَلَى تَقَابُلِ الْأَصْلَيْنِ؛ إِذِ الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الدَّمِّ
مِنْ جَانِبِ، وَعَدَمُ التَّدَاخُلِ مِنْ جَانِبِ، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ مُوضِحَتَيْنِ، فَقَالَ الْجَانِي: رَفَعْتُ الْحَاجِزَ
قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ، وَعَلَيَّ أَرْشٌ وَاحِدٌ، وَقَالَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ: بَلْ بَعْدَهُ، وَعَلَيْكَ ثَلَاثَةُ أَرْوَشٍ، وَأَقْتَضَى
الْحَالُ تَخْلِيفَ الْمَجْنُونِ، فَحَلَفَ، ثَبَتَ الْأَرْشَانِ.

وَفِي الثَّلَاثِ وَجْهَانِ؛ وَجْهٌ قَوْلُنَا: لَا يُثْبِتُ؛ أَنَّ الْيَمِينَ إِنَّمَا يَصْلُحُ لِنَفْيِ التَّدَاخُلِ، لَا لِإِثْبَاتِ
مَالٍ عَلَى غَيْرِهِ.

(الفصل الثَّانِي: فِي حُكْمِ الْقِصَاصِ^(١) الْوَاجِبِ، وَفِيهِ بَابَانِ):

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْأَسْتِيفَاءِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ):

(الفصلُ الأولُ: فِيمَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْأَسْتِيفَاءِ)، فَإِنْ كَانَ الْقَتِيلُ وَاحِدًا، فَهُوَ لِكُلِّ الْوَرَثَةِ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَجْنُونٌ أَوْ صَغِيرٌ، أَنْتَظَرَ (ح م) تَكْلِيفُهُ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ، أَنْتَظَرَ حُضُورَهُ، فَإِنْ تَرَاحَمُوا، أُفْرِغَ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، فَلْيَغْيِرْهُ مِنْهُ مِنْ أَضَلِّ الْأَسْتِيفَاءِ، وَيَدْخُلْ فِي الْقُرْعَةِ الْمَرْأَةُ وَالْعَاجِزُ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(٢)؛ لَيْسَتْ يَبْ، إِنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.

(١) اضطربت القوانين الوضعية في هذا القصاص، واختلفت أنظار المفكرين في جوازه أو عدمه، وأخذ كل يدافع عن فكرته، ويحاجج عن رأيه، حتى رمى بعض الغلاة الإسلام بالقسوة في تقرير هذه العقوبة، وقالوا: إنها غير صالحة لهذا الزمن، وقد نسوا أن الإسلام جاء في ذلك بما يصلح البشر على مر الزمن مهما بلغوا في الرقي، وتقدموا في الحضارة.

كانت هذه العقوبة موجودة قبل الإسلام، ولكن للاعتداء فيها يده المثمرة، وللإسراف فيها ضرره البالغ، فحد الإسلام من غلوها، وقصر من عدوانها، ومنع الإسراف فيها. فقال تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ فلم يبح دم من لم يشترك في القتل قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى﴾.

وقال عز من قائل: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ﴾... الآية ولكن أفسح المجال للفصل بين الناس، وترك للجَمَاعَةِ الرَاقِيَةَ مع ذلك أن نرى خيراً في العفو عن الجاني فقال: ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ﴾ على أن العقلاء الذين خبروا الحوادث، وعركوا الأمور، ودرسوا طبائع النفوس البشرية، ونزعاتها وغرائزها، فهداهم تفكيرهم الصحيح إلى صلاح هذه العقوبة، لإنتاج الغاية المقصودة، وهي إقرار الأمن وطمأننة النفوس، ودرء العدوان والبغي، وإنقاذ كثيرين من الهلاك؛ قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾.

ولقد فهم أولوا الأبواب هذه الحكمة البالغة، وقدروها حق قدرها، وها نحن أولاء نرى اليوم أن الأمم التي ألفت هذه العقوبة عادت إلى تقريرها لما رآته في ذلك من المصلحة.

وأمكننا الآن أن نقول: إنه ليس هناك من خلاف كبير بين الإسلام والقوانين الوضعية في هذا الموضوع.

أما القصاص في غير القتل مما ورد في الآية الكريمة ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ فهو في غاية الحكمة والعدالة؛ إذ لو لم يكن الأمر كذلك لاعتدى القوي على الضعيف، وشوه خلقته، وفعل به ما أمكنته الفرصة لا يخشى من وراء ذلك ضرراً يتاله، أو شراً يصيبه، ولو اقتصر الأمر على الديات كما هو الحال في القوانين الوضعية لكان سهلاً مع الباغي يسيراً على الجاني، ولتنازل الإنسان عن شيء من ماله في سبيل تعجيز حذف، وتشويهه ما دامت القوة في يده، ولكنه لو عرف أن ما يتاله بالسوء من أعضاء عدوه سيصيب أعضائه مثله كذلك، انكمش وارتدع وسلموا جميعاً من الشر.

(٢) قال الرافعي: «ويدخل في القرعة المرأة والعاجز على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

وَلَوْ بَادَرَ وَاحِدٌ، فَقَتَلَ، فَفِي وُجُوبِ الْقِصَاصِ قَوْلَانِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْعَفْوِ مِنَ الْبَغْضِ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَيْنِ، وَأَوَّلَى بِالْوُجُوبِ، وَوَجْهُ الْإِسْقَاطِ شُبْهَةٌ خِلَافِ عُلَمَاءِ الْمَدِينَةِ فِي إثْبَاتِ الْأَسْتِنَادِ لِكُلِّ وَاحِدٍ؛ فَإِنْ قُلْنَا: لَا قِصَاصَ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ، وَيُعْرَمُ نَصِيبُ الْبَاقِينَ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْمُسْتَوْفَى؛ بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ إِذَا قَتَلَ، وَأَمَّا إِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً، قَتَلَ بِأَوَّلِهِمْ (ح م)، وَلِلْبَاقِينَ الدِّيَاتُ، وَإِنْ قَتَلَهُمْ مَعًا، حُصِّصَ بِالْقِصَاصِ مَنْ خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لَهُ، وَهَلْ يُكْتَفَى بِالْعَبْدِ فِي مُقَابَلَةِ الْجَمَاعَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْآخَرِينَ يَضِيعُ فِي التَّخْصِيسِ، فَإِنْ تَمَالَأَ أَوْلِيَاءُ الْقَتْلَى، وَزُجَّ عَلَيْهِمْ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حِصَّةً مِنَ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: يُكْفَى عَنْ جَمِيعِهِمْ.

وَقِيلَ: يُخَصَّصُ بِالْقُرْعَةِ.

فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَجْنُونٌ أَوْ غَائِبٌ، فَفِي تَسْلِيْطِ الْحَاضِرِ وَالْعَاقِلِ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ خِلَافٌ، وَلَوْ اجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ النَّفْسِ وَالطَّرْفِ، قُدِّمَ مُسْتَحِقُّ الطَّرْفِ، وَلَوْ اجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ الْيَمِينِ، وَمُسْتَحِقُّ الْأُصْبُعِ مِنَ الْيَمِينِ، أُفْرِغَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ لَا يَنْبَغِي لِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ يَسْتَقِيلَ دُونَ الرَّفْعِ إِلَى السُّلْطَانِ، فَإِنْ فَعَلَ، عَزَّرَ وَرَقَعَ الْمَوْقِعَ، وَلِلْسُلْطَانِ أَنْ يُفَوِّضَ إِلَيْهِ الْقَتْلَ دُونَ الْجَلْدِ فِي الْقَذْفِ، فَإِنَّهُ مُتَّفَاقٌ، وَيَتَّبِعُهُ فِيهِ، وَفِي الْقَطْعِ تَرَدُّدٌ، لِأَنَّهُ قَدْ يَرُدُّ الْحَدِيدَةَ، وَمَهْمَا أَذِنَ الْوَلِيُّ فِي ضَرْبِ الرِّقَبَةِ، فَاصَابَ غَيْرَهُ عَمْدًا، عَزَّرَ وَلَمْ يُعْزَلْ، وَإِنْ أَخْطَأَ، أَمَرَ بِالْإِسْتِنَابَةِ لِعَجْزِهِ، وَلَوْ قَتَلَهُ بِسَيْفٍ مَسْمُومٍ يُفْتَتُّ قَبْلَ الدَّفْنِ، لَمْ يُمَكَّنْ، وَإِنْ كَانَ يُفْتَتُّ بَعْدَ الدَّفْنِ، فَوَجْهَانِ، وَأَجْرَةُ الْجَلَادِ عَلَى الْمَقْطُوعِ، وَفِي الْحَدِّ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ نَصٌّ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ؛ مَنْشُؤُهُمَا أَنَّهُ يُخْرُجُ عَنِ الْمُهْدَةِ بِالتَّمَكِّيْنِ أَوْ التَّمْيِيزِ.

(الفصل الثاني: في أَنَّ الْقِصَاصَ عَلَى الْقَوْرِ)، فَلَا يُؤَخَّرُ (ح) بِاللِّيَاذِ إِلَى الْحَرَمِ، بَلْ يُقْتَلُ فِيهِ، وَيُخْرَجُ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، فَيُقْتَلُ.

وَقِيلَ: يُقْتَلُ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، وَيُسَبَّطُ الْأَنْطَاعُ تَعْجِيلًا، وَلَوْ قُطِعَ طَرْفُهُ، فَمَاتَ، فَلِلْوَلِيِّ قَطْعُ طَرْفِهِ وَحَزْرُ رَقَبَتِهِ عَقِيْبَهُ، إِنْ شَاءَ، وَلَهُ التَّأْخِيرُ.

وَلَا يُؤَخَّرُ قِصَاصُ الطَّرْفِ لِحَرِّ مُفْرِطٍ، وَلَا لِمَرَضِ الْجَانِي، وَلَا يُنْتَعَمُ مِنَ الْمُوَالَةِ فِي قَطْعِ الْأَطْرَافِ قِصَاصًا، وَإِنْ كَانَ قَدْ قُطِعَ أَطْرَافُهُ بِالْجَنَائَةِ مُتَّفَرِّقًا، وَلَا يُؤَخَّرُ إِلَّا بِعَذْرِ الْحَمْلِ عِنْدَ ظُهُورِ مَخَابِلِهِ، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ دَعْوَاهَا؛ عَلَى أَصَحِّ الْوُجْهِينِ^(١)، ثُمَّ يُؤَخَّرُ إِلَى الْوَضْعِ، فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ سِوَاهَا مُرْضِعَةً، فَإِلَى أَنْ يَوْجَدَ.

وَفِي الْحَدِّ يُؤَخَّرُ بَعْدَ الْفِطَامِ إِلَى أَنْ يَكْفُلَهُ غَيْرُهَا، وَلَا يُخَبَسُ فِي الْحَدِّ، وَلَا يُتَّبَعُ الْهَارِبُ، وَيُخَبَسُ فِي الْقِصَاصِ الْحَامِلُ.

(١) قال الرافعي: «ولا يكفي مجرد دعواها على أصح الوجهين» الأصح عند الأكثرين خلافه. [ت]

وَلَوْ بَادَرَ الْوَلِيُّ، فَقَتَلَ الْحَامِلَ، فَعَزَّةُ الْجَنِينِ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ إِذَا لَا يُتَقَنَّ حَيَاةُ الْجَنِينِ، فَهُوَ شِبْهُ عَمْدٍ.
وَلَوْ قَتَلَهَا بِتَسْلِيطِ الْإِمَامِ، فَيَحَالُ بِالْعَزَّةِ عَلَى الْإِمَامِ؛ فِي وَجْهِ؛ لِتَقْصِيرِهِ فِي التَّسْلِيطِ، أَوْ تَرْكِ
الْبَحْثِ.

وَعَلَى الْوَلِيِّ فِي وَجْهِ؛ لِمُبَاشَرَتِهِ.

وَعَلَيْهِمَا بِالشَّرَكَةِ فِي وَجْهِ.

وَفِي وَجْهِ رَابِعٌ يُحَالُ عَلَى الْإِمَامِ، إِنْ كَانَ عَالِمًا، فَإِنْ كَانَ جَاهِلًا، فَلَا.

أَمَّا الْجَلَادُ، فَلَا عُهْدَةٌ عَلَيْهِ عِنْدَ جَهْلِهِ بِحَالٍ.

(الفصل الثالث: فِي كَيْفِيَّةِ الْمُتَاَلَلَةِ) وَهِيَ مَزَعِيَّةٌ (ح)، فَمَنْ قَتَلَ بِالْقَطْعِ، أَوْ بِالْإِخْرَاقِ، أَوْ
بِالتَّغْرِيقِ، أَوْ بِالتَّخْنِيقِ، قَتَلَ بِمِثْلِهِ، إِلَّا إِذَا قَتَلَ بِاللُّوْطِ وَإِيجَارِ الْخَمْرِ، فَيُقْتَلُ بِالسَّيْفِ مِنْ غَيْرِ
إِيجَارٍ.

وَقِيلَ: يُوجَرُ خَلًّا، وَيُدَسُّ خَشَبَةً، وَمَهُمَا عَدَلَ الْمُسْتَحِقُّ إِلَى السَّيْفِ مِنْ غَيْرِهِ، مُكَّنْ؛ لِأَنَّهُ
أَسْهَلُ، فَلَوْ جَوَّعَ الْجَانِي، أَوْ أَلْقَاهُ فِي النَّارِ بِمِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ، أَوْ ضَرَبَهُ بِالسَّيَاطِ بِمِثْلِ تِلْكَ الضَّرَبَاتِ،
فَلَمْ يَمُتْ، فَبَزِيدَ فِي الضَّرْبِ وَالتَّجْوِيعِ، أَمْ يَعْدِلُ إِلَى السَّيْفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ لَمْ يَمُتِ الْجَانِي
بِقَطْعِ مِثْلِ الْأَطْرَافِ الْمَقْطُوعِ جَنَائَةً، فَلَا يُقْطَعُ طَرَفٌ آخَرُ، وَلَوْ لَمْ يَمُتْ بِمِثْلِ تِلْكَ الْجَوَائِفِ، فَهَلْ
يُؤَالِي بِالْجَوَائِفِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلَوْ قَطَعَ يَدُهُ مِنَ الْكُوعِ، وَآخَرُ مِنَ الْمِرْفَقِ، فَمَاتَ، فَهَلْ يُقْتَلُ قَاطِعُ
الْمِرْفَقِ بِقَطْعِ مِرْفَقِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَوَجْهُ الْمَنْعِ؛ أَنَّهُ قَطَعَ سَاعِدًا بِلا كَفٍّ، فَلَا يَقْطَعُ سَاعِدًا مَعَ
الْكَفِّ، فَإِذَا مَاتَ الْجَانِي بِسَرَايَةِ الْقَطْعِ أَوَّلًا، ثُمَّ مَاتَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ، فَقِي وَفُوعِهِ قِصَاصًا وَجْهَانِ،
وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْقِصَاصَ فِي الْيَمِينِ، وَأَخْرَجَ الْجَانِي يَسَارَهُ، فَقَطَعَهُ، فَأَمَّا الْقِصَاصُ فِي الْيَسَارِ، فَيَسْقُطُ
(و)، إِنْ قَصَدَ بِإِخْرَاجِهِ الْإِبَاحَةَ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَعَ الْقَصْدِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ سَاكِبٍ، فَهَلْ يَكُونُ سُكُونُهُ
إِهْدَارًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا حَقُّ الْقَاطِعِ فِي الْيَمِينِ، لَا يَسْقُطُ إِلَّا إِذَا قَالَ: قَصَدْتُ بِقَطْعِ الْيَسَارِ؛ أَنْ
أَخْذَهُ عَوَضًا عَنِ الْيَمِينِ، فَقِي سُقُوطِهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ بُنِيَ عَلَى ظَنٍّ خَطِئًا، فَإِنْ أَسْقَطْنَا، بَقِيَ لَهُ الدِّيَّةُ،
وَلَوْ قَالَ الْمُخْرَجُ: قَصَدْتُ بِإِخْرَاجِ الْيَسَارِ إِبْقَاعَهُ عَنِ الْيَمِينِ، فَقَالَ الْقَاطِعُ: طَنَنْتُ بِالْإِخْرَاجِ إِبَاحَةً،
فَلَا قِصَاصَ فِي الْيَسَارِ؛ لِتَأَكُّدِ الظَّنِّ بِالْإِخْرَاجِ؛ وَكَذَلِكَ فِي كُلِّ حَالَةٍ؛ لِأَنَّ بَذْلَهُ عَوَضًا عَنِ الْيَمِينِ،
تَسْلِيطٌ وَأَمَّا حَقُّهُ عَنِ الْيَمِينِ لَا يَسْقُطُ إِلَّا إِذَا قَالَ: أَخَذْتُهُ عَوَضًا عَنِ الْيَمِينِ، فَيَكُونُ تَطَابُقُ الْقَصْدَيْنِ
مُعَاوَضَةً فَاسِدَةً، وَلَوْ قَالَ: طَنَنْتُ أَنَّ الْمُخْرَجَ يَمِينٌ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: طَنَنْتُهُ قَاتِلَ أَبِي، وَلَوْ قَالَ: طَنَنْتُهُ
يُجْزَى عَنِ الْيَمِينِ، فَقِي هَذِهِ الصُّورَةُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، لِأَنَّهُ أَنْصَمَ إِلَيْهِ قَرِينَةُ الْإِخْرَاجِ، وَإِنْ جَرَى
ذَلِكَ فِي السَّرِقَةِ، وَفُرِضَ دَهْشَتُهُ، أَوْ ظَنٌّ، وَقَعَ عَنْ جِهَةِ الْحَدِّ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ.

(البَابُ الثَّانِي: الْعَفْوُ)

وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْنِ:

(الْأَوَّلُ: فِي حُكْمِ الْعَفْوِ)، وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقَوْدَ الْمَحْضُ، وَالِدِّيَّةُ خَلَفَتْ عِنْدَ سُقُوطِهِ، أَوْ هُوَ الْقَوْدُ أَوْ الدِّيَّةُ أَحَدُهُمَا لَا يَحْتَمِلُهُ وَفِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُهُمَا، فَلَوْ عَفِيَ عَنْهُمَا صَحَّ، وَإِنْ عَفِيَ عَنِ الدِّيَّةِ، فَلَهُ الْقِصَاصُ، وَهَلْ لَهُ مَرْجِعٌ إِلَى الدِّيَّةِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ.

وَجْهٌ الرُّجُوعُ؛ أَنَّهُ يَبْعُدُ بَقَاءَ قِصَاصِ مَحْضٍ بِلَا دِيَّةٍ يُرْعَبُ بِهَا فِي الْعَفْوِ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّ تَأْثِيرَ الْعَفْوِ يُلْحِقُ تَفْرِيعَ هَذَا الْقَوْلِ (و) بِالْقَوْلِ الْآخَرِ.

فَإِنْ قُلْنَا: لَا مَرْجِعٌ إِلَى الْمَالِ، فَفِي جَوَازِ التَّرَاضِي فَوْجَهَانِ، فَإِنْ جَرَى مَعَ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، فَوْجَهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْمَنْعِ، وَهُوَ جَارٍ فِي كُلِّ قِصَاصٍ يَثْبُتُ بِلَا دِيَّةٍ، وَلَوْ قَالَ: عَفَوْتُ عَنْكَ؛ نُزِلَ عَلَى الْقِصَاصِ؛ فِي وَجْهِ، وَرُجِعَ إِلَى نَيْتِهِ؛ فِي وَجْهِ، وَلَوْ قَالَ: أَخْتَرْتُ الدِّيَّةَ، يَسْقُطُ الْقِصَاصُ، وَلَوْ قَالَ: أَخْتَرْتُ الْقَوْدَ، لَمْ يَسْقُطِ الدِّيَّةُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)؛ لِأَنَّهُ تَهْدِيدٌ وَوَعِيدٌ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوْدَ الْمَحْضُ، فَلَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ، ثَبَتَ الْمَالُ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْأَقِصَاصِ، ثَبَتَ الْمَالُ، وَإِنْ عَفَا مُطْلَقًا، فَقَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَ مُفْلِسًا، فَلَهُ الْعَفْوُ عَنِ الْقِصَاصِ، وَلَهُ الْعَفْوُ عَنِ الدِّيَّةِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ لِلْوُجُوبِ، لَا إِسْقَاطَ لِلْوَاجِبِ، أَوْ سَبَبُ الْوُجُوبِ عَفْوٌ مُطْلَقٌ، وَلَمْ يَجِرْ، وَالْمُبْدَرُ كَالْبَالِغِ فِي اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ وَعَفْوِهِ، وَفِي إِسْقَاطِهِ الدِّيَّةِ مَعَ الْقِصَاصِ كَالصَّغِيرِ. وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْمُفْلِسِ.

وَلَوْ صَالَحَ عَلَى مِائَتَيْنِ مِنَ الْإِبِلِ، بَطَلَ؛ عَلَى قَوْلِنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُهُمَا.

وَعَلَى قَوْلِ الْآخَرِ وَجْهَانِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: فِي الْعَفْوِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ)، وَأَحْوَالِ الْعَفْوِ خَمْسَةٌ:

(الْأَوَّلَى): إِذَا أَدِنَ فِي الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ، فَلَا دِيَّةَ.

وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يَجِبُ الدِّيَّةُ، إِذَا قُلْنَا: يَثْبُتُ الدِّيَّةُ لِلْوَارِثِ أَبَدًا لَا تَلْقِيًا.

وَفِي سُقُوطِ الْكَفَّارَةِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِاللُّزُومِ.

(الثَّانِيَةُ): الْعَفْوُ بَعْدَ الْقَطْعِ وَقَبْلَ السَّرَايَةِ صَحِيحٌ عَمَّا مَضَى، وَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنِ السَّرَايَةِ فِي

الْمُسْتَقْبَلِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)؛ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنْ مَعْفُو عَنْهُ، وَلَا يَسْقُطُ الدِّيَّةُ عَنِ السَّرَايَةِ؛ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنْ مَضْمُونٍ، وَلَمْ يُغْفَ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَسْقُطُ كَالْإِدْنِ الْمُقَارِنِ.

وَلَوْ قَالَ: عَفَوْتُ عَمَّا سَيَجِبُ، فَهُوَ عَفْوٌ قَبْلَ الْوُجُوبِ وَيَعْدُ سَبَبَهُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ سَرَى إِلَى

النَّفْسِ، فَعَفْوُهُ وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ، فَلَا يَصِحُّ إِنْ لَمْ يُصَحَّحِ الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ، فَإِنْ كَانَ الْجَانِي عَبْدًا، صَحَّ

العَفْوُ؛ لِأَنَّهُ فَايَدَتْهُ لِلسَّيِّدِ لَا لِلْقَاتِلِ، وَإِنْ كَانَ مُخْطِئًا، صَحَّ؛ لِأَنَّهُ لِلْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَتْ الْعَاقِلَةُ مُنْكَرًا أَوْ مُخَالَفًا فِي الدِّينِ، فَلَا؛ لِأَنَّهُ عَفْوٌ عَنِ الْقَاتِلِ (و)، وَلَوْ عَفَا عَنِ الطَّرَفِ عَلَى مَالٍ، ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ؛ عَلَى أَوْجَهٍ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْحَزَّ لَهُ حُكْمُ السَّرَايَةِ فِي اتِّحَادِ الدِّيَةِ، وَلَوْ سَرَى الْقَطْعُ، لَمَا وَجَبَ.

(الثَّالِثَةُ): عَفْوُ الْوَارِثِ صَحِيحٌ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ الطَّرَفَ وَالنَّفْسَ، فَعَفْوُهُ عَنْ أَحَدِهِمَا لَا يُسْقِطُ (و) الْآخَرَ، وَلَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ، فَمَاتَ، فَالْوَلِيُّ يَسْتَحِقُّ قَطْعَ طَرَفِهِ، وَحَزَّ رَقَبَتِهِ، فَإِنْ عَفَا عَنِ الطَّرَفِ، فَفِي سُقُوطِ حَزِّ الرَّقَبَةِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعَةُ): الْعَفْوُ بَعْدَ الْمُبَاشَرَةِ سَبَبُ الْأَسْتِيفَاءِ؛ كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدٌ مِّنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ، فَإِنْ أُنْذِمَ، صَحَّ الْعَفْوُ، وَلَمْ يَضْمَنْ الطَّرَفُ، وَإِنْ سَرَى، بَانَ أَنَّ الْعَفْوَ بَاطِلٌ، وَكَذَا إِذَا عَفَا بَعْدَ الرَّمْيِ وَقَبْلَ الْإِصَابَةِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا عَفَا الْمُوَكَّلُ، فَحَزَّ الْوَكِيلُ الرَّقَبَةَ غَافِلًا، فَلَا قِصَاصَ (و)، وَفِي الدِّيَةِ وَالْكَفَّارَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ؛ تَجِبُ الْكَفَّارَةُ فِي الثَّالِثِ دُونَ الدِّيَةِ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا، فَعَلَى الْوَكِيلِ أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَمِنَ التَّرَمُّهِ، فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى الْعَافِي رُجُوعَ الْمَغْرُورِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالظَّاهِرُ؛ أَنَّ لِلْعَافِي الرُّجُوعَ إِلَى دِيَةِ قَتِيلِهِ.

وَقِيلَ: إِنْ أَهْدَرْنَا دَمَ الْمَغْفُورِ عَنْهُ، وَكَانَ الْعَفْوُ لَمْ يُفِذْ، فَلَا دِيَةَ.

كِتَابُ الدِّيَّاتِ (١)

(وَالنَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

الْأَوَّلُ: فِي الْوَاجِبِ، وَفِيهِ بَابَانِ:

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي النَّفْسِ)

وَدِيَّةُ النَّفْسِ الْكَامِلَةِ عِنْدَ الْخَطَا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ مُحَمَّسَةً، عَشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَعَشْرُونَ لَبُونٍ، وَعَشْرُونَ أَبْنِ لَبُونٍ، وَعَشْرُونَ حِقَّةً، وَعَشْرُونَ جَذَعَةً، ثُمَّ تَعْتَرِيهِ أَرْبَعُ مُغَلَّظَاتٍ، وَهِيَ الْوُقُوعُ فِي حَرَمٍ مَكَّةَ، أَمَّا حَرَمُ الْمَدِينَةِ، فَفِيهِ خِلَافٌ، أَوِ الْوُقُوعُ فِي الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ، وَهِيَ ذُو الْقَعْدَةِ وَذُو الْحِجَّةِ وَالْمُحَرَّمِ وَرَجَبٌ، وَمُضَادَّتُهُ ذَا رَجَمٍ مُحَرَّمٌ، أَوْ كَوْنُهُ عَمْدًا أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ، وَلَوْ رَمَى مِنَ الْحَرَمِ إِلَى الْحِلِّ، أَوْ مِنَ الْحِلِّ إِلَى الْحَرَمِ، تُغَلَّظُ، وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا فِي دَارِ الْحَرْبِ عَلَى زَيِّ الْكُفَّارِ، وَلَمْ يَعْلَمْ إِسْلَامَهُ، فَيَجِبُ فِيهِ الدِّيَّةُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَلَكِنْ دِيَّةُ الْعَمْدِ، أَوْ دِيَّةُ شِبْهِ الْعَمْدِ، أَوْ دِيَّةُ الْخَطَا الْمَخْصُصِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ.

وَكَذَا إِذَا رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ، فَاسْلَمَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ، وَيَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ قَتْلِ عَمْدٍ مَخْصُصٍ،

(١) الدِّيَّةُ: مصدر وَدَّى الْقَاتِلُ الْمَقْتُولَ إِذَا أَعْطَى وَلِيَّهِ الْمَالَ الَّذِي هُوَ بَدَلُ النَّفْسِ ثُمَّ قِيلَ لذلِكَ الْمَالَ: الدِّيَّةُ تسمية بالمصدر. ولذا جُمِعَتْ، وهي مثل «عِدَّة» في حذف الفاء قيل والتاء في آخرها عوض عن الواو في أولها.

ينظر المغرب ٣٤٧/٢ الصحاح ٢٥٢١/٦ ولسان العرب ٣٨٣/١٥ والقاموس المحيط ٤٠١/٤ وما بعدها والمصباح المنير ١٠١٣/٢.

عرفها بعض الشافعية: بأنها المَالُ الواجب بالجناية على الحر في النفس، أو فيما دونها.

وعرفها بعض الأحناف: بأنها اسم لِضَمَانٍ يجب بمقابلة الأدمي، أو طرف منه.

وقيل: الدِّيَّةُ اسْمٌ لِلْمَالِ الَّذِي هُوَ بَدَلُ النَّفْسِ، وَالْأَرْشُ اسْمٌ لِلْوَجِبِ فيما دون النفس.

وعرفها الإمام ابن عرفة من المالكية فقال: الدية مال يجب بقتل آدمي حُرٌّ عن دمه، أو بجرحه، مقدر شرعاً لا باجتهاد.

ينظر: درر الحكام ٢٧٠/١٠، ومغنى المحتاج ٥٣/٤، والمغنى ٣٦٧/٨، والكافي ١١٠٨/٢، والإشراف ٢٠٠/٢، تكملة فتح القدير ٢٧٠/١٠.

والأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ وأما السنة: فما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم؛ أن النبي كتب لعمر بن حزم كتاباً فيه الفرائض والسُّنَنُ والديات، وقال فيه: «وفي النفس المؤمنة مائة من الإبل» رواه النسائي في «سننه»، ومالك في «موطئه» قال ابن عبد البر: وهو كتاب مشهور عند أهل السُّنَنِ، معروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد؛ لأنه أشبه المتواتر بمجيبه في أحاديث كثيرة وقد أجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة.

صَدَرَ عَنْ ظَنِّ فِي حَالِ الْقَتِيلِ، وَالِدِيَّةُ يَتَغَلَّظُ فِي الْعَمْدِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَزْجِه: التَّخْصِصُ بِالْجَانِي، وَالتَّعْجِيلُ وَالتَّثْلِيثُ (ح م)، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثُونَ حَقَّةً، وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعُونَ خَلْفَةً فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا، وَفِي الْخَطِّ تَتَخَفَّفُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَزْجِه؛ إِذْ تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ مُحَمَّسَةً، وَفِي شِبْهِ الْعَمْدِ تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ (و) مُؤَجَّلَةٌ مُثْلَثَةً، وَلَا يُؤْخَذُ مَعِيبٌ، وَالْخَلْفَةُ تُعْرَفُ بِقَوْلِ أَهْلِ الْبَصِيرَةِ، فَإِنْ أَخْطَرُوا، اسْتَدْرَكُوا، وَأَمَّا الصَّنْفُ، فَيُرَاعَى إِبِلُ الْبَلَدِ، أَوْ أَقْرَبُ الْبُلْدَانِ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ إِبِلُ مَنْ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ يُخَالِفُ إِبِلَ أَهْلِ الْبَلَدِ، فَفِي تَعْيِينِهَا وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَيَّنُ، فَإِنْ كَانَتْ مَعِيبَةً، فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ، وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ فِي الْقَطْرِ، رَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الْإِبِلِ، وَفِي الْقَدِيمِ يُرْجَعُ إِلَى أَلْفِ دِينَارٍ، أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَإِذَا تَكَرَّرَ أَسْبَابُ التَّغْلِيطِ، لَمْ يَتَكَرَّرِ التَّغْلِيطُ.

وَأَمَّا الْمُتَقَصَّاتُ لِلدِّيَّةِ عَمَّا ذَكَرْنَاهُ فَأَرْبَعَةٌ:

الْأَوَّلُ: الْأَثْوَنَةُ؛ فَإِنَّهَا تُرَدُّ إِلَى الشَّطْرِ، وَالْأَجْتِنَانُ؛ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إِلَى غُرَّةِ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ، وَالرَّقِيقُ؛ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إِلَى الْقِيَمَةِ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى دِيَةِ الْحُرِّ، وَالْكَفْرِ؛ فَإِنَّ دِيَةَ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ثُلُثُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ، وَدِيَةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِيَّةٌ دِرْهَمٍ، وَالْمُعَاهَدُ كَالذَّمِيِّ، وَأَمَّا عَبْدُهُ الْأَوْثَانِ وَالزَّنَادِقَةُ وَالْمُرْتَدُّونَ، فَلَا عِصْمَةَ لَهُمْ، فَلَوْ دَخَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِأَمَانٍ، كَفَفْنَا عَنْ قَتْلِهِ، فَإِنْ قُتِلَ، وَجَبَ أَحْسَرُ الدِّيَّاتِ فِي الْوَثْنِيِّ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ فِي الْمُرْتَدِّ، وَفِي الزَّنْدِيقِ تَرُدُّدٌ (و)، وَأَمَّا الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغْهُمْ دَعْوَتُنَا، فَقَدْ قِيلَ: يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِقَتْلِهِ.

وَقِيلَ: لَا قِصَاصَ وَيَجِبُ دِيَةُ الْمُسْلِمِ، وَقِيلَ: يَجِبُ دِيَةُ ذَلِكَ الدِّينِ.

وَأَمَّا الْمُسْلِمُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، إِذَا لَمْ يُهَاجَزْ، فَهُوَ كَالْمُسْلِمِ الْمُهَاجِرِ فِي الْعِصْمَةِ، وَالصَّابِغُونَ مِنَ النَّصَارَى، وَالسَّامِرَةُ مِنَ الْيَهُودِ، فَإِنْ كَانُوا مُعْطَلَةً فِي دِينِهِمْ، فَلَا دِيَةَ لَهُمْ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِيمَا دُونَ النَّفْسِ)

وَهَذِهِ الْجَنَائِدُ: إِمَّا جُرْحٌ، أَوْ إِبَانَةٌ، أَوْ إِنْطَالٌ مُنْفَعَةٌ:

(التَّوَعُّدُ الْأَوَّلُ: الْجُرْحُ)، وَفِي جَمِيعِهِ الْحُكُومَةُ إِلَّا فِي الْمَوْضِحَةِ، فَفِيهَا خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، فَإِنْ صَارَتْ هَاشِمَةً، فَعَشْرٌ (م و)، وَإِنْ صَارَتْ مُنْقَلَةً، فَخَمْسٌ عَشْرَةً، وَإِنْ صَارَتْ مَأْمُومَةً، فَثُلُثُ الدِّيَةِ، وَكَذَا الثُّلُثُ فِي كُلِّ جَائِفَةٍ، وَالْجَوْفُ مَا فِيهِ قُوَّةٌ مُحْيِلَةٌ؛ كَالْبَطْنِ وَالذَّمَاغِ وَالْمَثَانَةِ وَدَاخِلِ الشَّرْحِ^(١)، وَأَمَّا بَاطِنُ الْإِخْلِيلِ وَالْقَمِّ، وَدَاخِلُ الْأَجْفَانِ، فَفِيهَا وَجْهَانِ، وَهَذِهِ الْمُقَدَّرَاتُ تَخْتَصُّ بِعَظْمِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ، سِوَى الْجَائِفَةِ؛ فَإِنَّهَا تَقْدَرُ عَلَى سَائِرِ الْبَدَنِ، وَأَمَّا الْمُنْقَلَةُ وَالْهَاشِمَةُ فِي سَائِرِ الْبَدَنِ، فَفِيهَا الْحُكُومَةُ^١، وَنَعْنِي بِخَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ فِي الْمَوْضِحَةِ نِصْفَ عَشْرِ الدِّيَةِ، فَيَجِبُ بِمِثْلِ نِسْبَتِهِ فِي الذَّمِيِّ

(١) الشرح: بفتحيتين عرى العيبة والجمع (أشراج) مثل سبب وأسباب (والشرح) مثل فلس ما بين الدبر والاثنيين.

وَالْمَرْأَةِ، وَمَهْمَا اتَّخَذَتِ الْمُوضِحَةَ، فَأَرَشُ وَاحِدٌ، وَلَوْ اسْتَوَعَبَ الرَّأْسُ، وَتَعَدَّدَا إِذَا بِاخْتِلَافِ الصُّورَةِ، أَوِ الْمَحَلِّ، أَوِ الْحُكْمِ، أَوِ الْفَاعِلِ.

(أَمَّا الصُّورَةُ): فَمَوْضِعَتَانِ فِي مَوْضِعَيْنِ، فِيهِمَا أَرَشَانِ، فَإِنْ رَفَعَ الْجَانِبِي الْحَاجِزَ، تَدَاخَلَ الْكُلُّ إِلَى وَاحِدٍ، وَإِنْ رَفَعَ غَيْرُهُ، لَمْ يَتَدَاخَلَ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ بَيْنَ الْمُوضِحَتَيْنِ حَاجِزٌ سِوَى الْجِلْدِ أَوِ اللَّحْمِ، اتَّحَدَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَتَعَدَّدَ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَتَّحِدُ بَقَاءُ اللَّحْمِ دُونَ الْجِلْدِ؛ عَلَى وَجْهِهِ. (وَتَعَدَّدُ الْمَحَلُّ)؛ بِأَنْ يُخْرِجَ الْمُوضِحَةُ الْوَاحِدَةَ مِنَ الرَّأْسِ إِلَى الْجَنْبَةِ، وَفِي تَعَدُّدِ الْأَرَشِ وَجْهَانِ.

(وَتَعَدَّدُ الْفَاعِلُ)؛ بِأَنْ يُوسِّعَ إِنْسَانٌ مُوضِحَةَ غَيْرِهِ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَرَشٌ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُوسِّعُ، لَمْ يَزِدْ إِلَى الْأَرَشِ (و).

(وَتَعَدَّدُ الْحُكْمُ)؛ بِأَنْ يَكُونَ بَعْضُ الْمُوضِحَةِ عَمْدًا وَبَعْضُهَا خَطًّا، أَوْ بَعْضُهَا قِصَاصًا، وَبَعْضُهَا عُدْوَانًا، وَفِي نَزْوِلِهِ مَنَزِلَةٌ تَعَدَّدُ الصُّورَةَ وَجْهَانِ. (وَأَمَّا الْمُتَلَاحِمَةُ)، فَوَاجِبُهَا حُكُومَةٌ.

وَقِيلَ: يَتَقَدَّرُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُوضِحَةِ، وَتَعَدَّدُ الْجَائِفَةُ وَاتِّحَادُهَا بِأَرْتِفَاعِ الْحَاجِزِ؛ كَتَعَدُّدِ الْمُوضِحَةِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ بِمَشْقَصٍ فِي بَطْنِهِ، فَجَائِفَتَانِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ أَرَشَانِ، وَإِنْ نَقَذَ سِنَانًا؛ وَاحِدٌ مِنَ الْبَطْنِ إِلَى الظَّهْرِ، فَهُوَ أَيْضًا جَائِفَتَانِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالْتِحَامُ الْمُوضِحَةِ وَالْجَائِفَةِ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الْأَرَشِ؛ بِخِلَافِ عَوْدِ السِّنِّ.

(فَإِنْ قِيلَ:) مَا مَعْنَى الْحُكُومَةِ؟

(قُلْنَا): أَنْ يُقَدَّرَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَمْدًا، فَيُقَالَ: قِيمَتُهُ دُونَ الْجِنَايَةِ عَشْرَةٌ، وَمَعَ الْجِنَايَةِ تِسْعَةٌ، فَالْتَّفَاوُتُ عَشْرٌ، فَيَجِبُ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ الدِّيَةِ؛ بِشَرْطِ أَلَّا يَزِيدَ عَلَى مِقْدَارِ الطَّرْفِ الْمَجْرُوحِ، فَلَا يَزَادُ حُكُومَةُ جِرَاحَةِ الْأَصْبُعِ عَلَى دِيَةِ الْأَصْبُعِ، وَلَا حُكُومَةُ الْكَفِّ وَالسَّاعِدِ وَعَظْمِ الْعَضِدِ عَلَى دِيَةِ الْأَصَابِعِ الْخَمْسِ، وَلَا بِأَسْرِ بَرْيَادَةِ حُكُومَةِ كَفِّ عَلَى دِيَةِ أَصْبُعٍ وَاحِدٍ، وَالْيَدُ الشَّلَاءُ يَزَادُ حُكُومَتُهَا عَلَى أَصْبُعٍ، وَيُنْقَصُ عَنِ الْيَدِ الصَّحِيحَةِ، وَهَذِهِ الْحُكُومَةُ يُقَدَّرُ بَعْدَ أَنْدِمَالِ الْجُرْحِ، فَلَوْ لَمْ يَبْقَ شَيْئٌ وَنُقْصَانٌ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا التَّعْزِيرُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: يُقَدَّرُ الْجِرَاحَةُ دَامِيَةً؛ حَتَّى يَظْهَرَ تَفَاوُتُهُ، وَلَوْ قَطَعَ أَصْبُعًا زَائِدَةً، أَوْ سِنًّا شَاغِيَةً^(١)، أَوْ أَفْسَدَ الْمَنْبِتَ مِنْ لُحْيَةٍ أَمْرَأَةً، وَزَادَتِ الْقِيَمَةُ، فَالْقِيَاسُ التَّعْزِيرُ فَقَطْ وَقِيلَ: يُقَدَّرُ ذَلِكَ لُحْيَةً عَبْدًا، وَيَظْهَرُ بِهِ تَفَاوُتٌ، وَلَوْ بَقِيَ حَوَالِي جُرْحِ شَيْئٍ، وَكَانَ أَرَشُ الْجُرْحِ مُقَدَّرًا، فَالْشَّيْئُ تَابِعٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقَدَّرًا، فَفِي أَتْبَاعِهِ وَجْهَانِ يَصَاهِي التَّرْدُدُ؛ فِي أَنَّ الْكَفَّ هَلْ يَنْدَرِجُ تَحْتَ أَصْبُعِ الْأَسْلُ؛ لِأَنَّهُ إِذْ رَاجَ حُكُومَةٌ تَحْتَ حُكُومَةٍ.

(١) شَاغِيَةٌ: يُقَالُ: شَغِيْتُ السِّنَّ شَغِيًّا مِنْ بَابِ تَعَبٍ، زَادَتْ عَلَى الْأَسْنَانِ وَخَالَفَ مِنْبَتَهَا مِنْبِتَ غَيْرِهَا.

يَنْظُرُ الْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ ص (٣١٦)

(التَّوْنُ الثَّانِي: الْقَطْعُ الْمُبِينُ لِلْأَعْضَاءِ)، وَالْمُقَدَّرُ مِنَ الْأَعْضَاءِ سِتَّةَ عَشَرَ عُضْوًا.

(الْأَوَّلُ: الْأُذُنَانِ)، وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَصَمِّ، فَفِيهِ مَنَفَعَةٌ جَمِيعِ الصُّوْتِ وَمَنْعٌ دَيِّبِ الْهَوَامِّ، وَالدِّيَةُ فِي مُقَابَلَةِ أَيِّ الْمَنَفَعَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ. وَقِيلَ: إِنَّ الْأُذْنَ لَيْسَ فِيهِ أَضْلًا إِلَّا الْحُكُومَةُ.

(الثَّانِي: الْعَيْنَانِ)، وَفِي إِحْدَاهُمَا، إِذَا فُقِيتِ النِّصْفُ، وَفِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ النِّصْفُ (م)، وَفِي عَيْنِي الْأَخْفَسِ كَمَالُ الدِّيَةِ.

(الثَّالِثُ: الْأَجْفَانِ)، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ رُبُعُ الدِّيَةِ، (م) وَفِي بَعْضِ الْوَاحِدِ يُقَدَّرُ نِسْبَتُهُ مِنَ الرَّبْعِ، وَلَيْسَ فِي إِفْسَادِ مَنَابِتِ الْأَهْدَابِ وَسَائِرِ الشُّعُورِ إِلَّا الْحُكُومَةُ؛ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَفِي انْتِدَاجِ حُكُومَةِ الْأَهْدَابِ تَحْتَ دِيَةِ الْأَجْفَانِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ: الْأَنْفُ) وَفِي قَطْعِ جَمِيعِ مَا لَانَ مِنَ الْمَارِنِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي بَعْضِهِ الْبَعْضُ بِالنِّسْبَةِ، وَهُوَ مَعَ الْحَاجِزِ بَيْنَ الْمَنْخَرَيْنِ ثَلَاثُ طَبَقَاتٍ، فَفِي كُلِّ طَبَقَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ. وَقِيلَ: الْحَاجِزُ فِيهِ حُكُومَةٌ، وَفِي ظَاهِرِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَنْخَرَيْنِ نِصْفُ الدِّيَةِ.

(الخَامِسُ: الشَّفَتَانِ)، وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ (م)، وَحَدُّهُ فِي غُرْضِ الْوَجْهِ إِلَى الشُّدْقَيْنِ، وَفِي طُولِهِ إِلَى مَحَلِّ الْأَزْتِفَاقِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِلَى مَا يَسْتُرُ عُمُودَ الْأَسْنَانِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِلَى مَا يَنْتَوِي عِنْدَ الْأَنْطَبَاقِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَهُوَ الْأَقْلُ.

وَقِيلَ: إِذَا قَطَعَ مِنَ الْأَعْلَى مَا لَا يَنْطَبِقُ عَلَى الْأَسْفَلِ، فَقَدْ اسْتَوْفَى الْكُلَّ.

(الْسَّادِسُ: فِي لِسَانِ النَّاطِقِ كَمَالُ (ح) الدِّيَةِ)، وَفِي الْآخِرِ الْحُكُومَةُ، وَفِي الصَّبِيِّ كَمَالُ الدِّيَةِ إِلَّا إِذَا قَطَعَ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ، وَلَمْ يَظْهَرْ أَثَرُ الْقُدْرَةِ بِالتَّحْرِيكِ وَالْبُكَاءِ، فَإِنَّ السَّلَامَةَ لَمْ تُسْتَيْقَنْ^(١).

(السَّابِعُ: الْأَسْنَانُ)، وَفِي كُلِّ سِنٍّ تَامَّةٍ أَصْلِيَّةٌ مُتَغَوَّرَةٌ غَيْرُ مُتَقَلِّفَةٍ بِالْهَرَمِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ مِنْ غَيْرِ تَفَاضُلٍ، وَفِي الشَّاعِيَةِ حُكُومَةٌ، وَفِي سِنٍّ مِنَ الذَّهَبِ تَشَبَّثَ بِهَا اللَّحْمُ، وَاسْتَعَدَّتْ لِلْمَضْغِ حُكُومَةٌ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي قَطْعِ نِصْفِ السِّنِّ نِصْفُ الْأَرْضِ، وَفِي إِدْخَالِ السِّنِّخِ فِي حِسَابِ السِّنَّةِ وَجْهَانِ، وَبَقِيَّةُ الذَّكَرِ مِنَ الْحَشْفَةِ، وَحَلْمَةُ الثَّدْيَيْنِ مِنَ الْجُمْلَةِ، وَقَصَبَةُ الْأَنْفِ مِنَ الْمَارِنِ؛ كَالسِّنِّ مِنَ السِّنِّخِ؛ فِي أَنَّ حُكُومَتَهَا، هَلْ تَنْدَرُجُ عِنْدَ الْأَسْتِنْصَالِ؟ وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَجِبُ بِجَمِيعِهَا حُكُومَةٌ، إِذَا اسْتُؤْصِلَتْ مَعَ دِيَةِ، وَسِنَّ الصَّبِيِّ فَضْلَةً؛ كَشَعْرِهِ؛ فَلَيْسَ فِيهِ أَرْضٌ، وَلَا قِصَاصٌ، إِلَّا إِذَا بَانَ بِالْآخِرَةِ فَسَادُ الْمَنْبِتِ، فَإِذَا مَاتَ قَبْلَ التَّبْيِينِ، فَفِي الْأَرْضِ وَجْهَانِ؛ لِتَقَابُلِ الْأَصْلَيْنِ، وَالْمُتَغَوَّرِ إِذَا

(١) قال الرافي: «إلا إذا قطع عقيب الولادة، ولم يظهر أثر القدرة بالتحريك والبكاء، فإن السلامة لم تستيقن» هذا وجه، والذي يوجد لعامة الأصحاب وجوب الدية؛ لأن الظاهر السلامة. [ت]

عَادَ نَادِرًا، فَفِي أَسْتِزَادِ الْأَرْضِ قَوْلَانِ، وَالْمُوضِحَةُ إِذَا أَلْتَحَمَتْ بِلَحْمٍ جَدِيدٍ لَا يُسْتَرَدُّ أَرْضُهَا؛ لِأَنَّهُ جَدِيدٌ وَالْبَطْشُ وَالْبَصْرُ إِذَا عَادَا يُسْتَرَدُّ؛ لِأَنَّهُ الْأَوَّلُ، وَقَدْ عَادَ، وَالسُّنُّ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا، وَسُنُّ الشَّيْخِ الْهَرَمُ، إِذَا تَقَلَّقْتَ فِيهَا الْأَرْضَ، إِذَا كَانَ الظَّاهِرُ ثَبَاتِهَا، وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ سَقُوطَهَا، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ قُلِعَ جَمِيعُ الْأَسْنَانِ، فَكَانَتْ اثْنَتَيْنِ وَثَلَاثَيْنِ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ فِي قَوْلٍ كَيْلًا يَزِيدَ عَلَى الدِّيَةِ.

وَفِي قَوْلٍ: مِائَةٌ وَسِتُّونَ لِكُلِّ سِنٍّ خَمْسٍ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِالمِائَةِ، فَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجَانِي وَالْجَنَائَةِ، فَلَوْ أَفْتَلَعَهَا مُتَفَرِّقًا، مَعَ تَحْلُلِ الْأَنْدِمَالِ، فَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالْجَنَائَةُ الْمُتَّحِدَةُ أَنْ يَسْقُطَ الْكُلُّ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ.

(الثَّامِنُ) اللَّحْيَانِ، وَفِيهِمَا كَمَالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِمَا الْأَسْنَانُ، لَمْ يَنْدَرِجْ دِيَةُ الْأَسْنَانِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ.

(التَّاسِعُ: الْيَدَانِ)، وَفِيهِمَا مَعَ الْكَفِّ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَيُكْمَلُ الدِّيَةُ بِلَقِطِ الْأَصَابِعِ، فَفِي كُلِّ أَصْبُعٍ عَشْرٌ، وَلَوْ قُطِعَ مَعَ السَّاعِدِ، أَوْ الْمَرْقُوقِ، أَوْ الْعَصْدِ، فَيَجِبُ حُكُومَةُ السَّاعِدِ، وَالْعَصْدِ، وَلَا يَنْدَرِجُ؛ بِخِلَافِ الْكَفِّ، وَفِي كُلِّ أُنْمَلَةٍ ثَلَاثُ الْعَشْرِ إِلَّا فِي الْإِبْهَامِ؛ فَفِي أُنْمَلَتَيْنِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الْأَرْضِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الْعَظْمِ كَفَّانِ بَاطِشَانِ، فَفِي الزَّائِدَةِ حُكُومَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَرَفَةً عَنِ السَّاعِدِ، أَوْ نَاقِصَةً بِأَصْبُعٍ، أَوْ ضَعِيفَةً الْبَطْشِ، فَفِي الزَّائِدَةِ، فَإِنْ كَانَتْ الْمُنْحَرَفَةُ أَقْوَى بَطْشًا، فَفِي الْأَصْلِيَّةِ، وَالتِّي عَلَيْهَا أَصْبُعٌ زَائِدَةٌ تُجْعَلُ زَائِدَةً؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ تَسَاوَيَا، فَفِي كِلْتَابِيهِمَا دِيَةُ وَحُكُومَةٌ، وَلَا قِصَاصَ فِي إِحْدَاهُمَا، وَفِيهَا نِصْفُ دِيَةِ الْيَدِ، وَزِيَادَةُ حُكُومَةٍ؛ لِأَنَّهُ نِصْفُ فِي صُورَةِ الْكُلِّ، وَلَوْ قُطِعَتِ الْيَدُ الْبَاطِشَةُ، فَاسْتَدَّتِ الْيَدُ الْأُخْرَى بِالْقَطْعِ، وَبَطْشَتْ، فَفِي أَسْتِزَادِ الْأَرْضِ وَجْهَانِ.

(الْعَاشِرُ: التَّرْقُوقُ وَالضَّلْعُ)، فَفِي كَسْرِ كُلِّ ضِلْعٍ حَمَلٌ تَقْلِيدًا لِعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(١) ^(٢)، وَحُكُومَةٌ؛ عَلَى قَوْلٍ آخَرَ؛ قِيَاسًا.

(الْحَادِي عَشَرَ): الْحَلَمَتَانِ مِنَ الْمَرْأَةِ، فِيهِمَا دِيَةُ كَامِلَةٍ، وَفِي حَلَمَتَي الرَّجُلِ قَوْلَانِ؛ إِذَا لَا مَنَفَعَةَ لَهُمَا.

(الثَّانِي عَشَرَ): الذَّكَرُ وَالْأُنْثَيَانِ، وَفِيهِمَا دِيَتَانِ، وَفِي ذَكَرِ الْخَصِيِّ (ح) وَالْعَيْنَيْنِ دِيَةٌ، وَفِي ذَكَرِ

(١) قال الرافعي: «تقليد لعمر - رضي الله عنه -» روى الشافعي عن مالك عن زيد بن أسلم عن مسلم بن جندب عن أسلم مولى عمر بن الخطاب أن عمر بن الخطاب قضى في الترقوة بجمل، وفي الضلع بجمل. [آت] أخرجه الشافعي (١١١/٢) كتاب الديات، حديث (٣٧٤). من طريق مالك وهو في موطنه (٨٦١/٢) كتاب العقول، باب جامع عقل الإنسان حديث (٧)، عن زيد بن أسلم عن مسلم بن جندب عن أسلم مولى عمر بن الخطاب به.

(٢) قال الرافعي: «وفي كسر كل ضلع جمل تقليدًا لعمر - رضي الله عنه - إلى آخره» سياق يقتضي ترجيح وجوب الجمل، والظاهر خلافه. [ت]

الْأَشْلُ حُكُومَةٌ، وَتُكْمَلُ بِقَطْعِ الْحَشْفَةِ، وَلَا يَزِيدُ بِالِاسْتِثْصَالِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يَزِيدُ حُكُومَةً.
(الثَّالِثُ عَشَرَ: الْأَلْيَتَانِ)، وَفِي قَطْعِ مَا أَشْرَفَ مِنْهُمَا عَلَى الْبَدَنِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَعْ الْعَظْمَ.

(الرَّابِعُ عَشَرَ: الشُّفْرَانِ)، وَفِيمَا أَشْرَفَ مِنْهُمَا عَلَى الْمَنْفَذِ دِيَةُ الْمَرْأَةِ، وَهُوَ الْقَدْرُ الثَّانِي عِنْدَ الْإِنْطِبَاقِ.

(الْخَامِسُ عَشَرَ: الرُّجْلَانِ)، وَهُمَا كَالْيَدَيْنِ، وَرِجْلُ الْأَعْرَجِ كَرِجْلِ الصَّخِيحِ، وَرِجْلٌ مَنِ امْتَنَعَ مَشْيُهُ بِكُسْرِ الْفَقَارِ، كَالصَّحِيحِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَفِي أَلْتَقَاطِ أَصَابِعِ الرُّجْلَيْنِ كَمَالُ الدِّيَةِ.

(السَّادِسُ عَشَرَ الْجِلْدُ)، وَفِي سَلْخِ جَمِيعِهِ دِيَةُ وَاحِدَةٍ.

(النُّوعُ الثَّلَاثُ مِنَ الْجَنَائِزِ: مَا يُقَوُّ الْمَنَافِعُ) وَهِيَ عَشْرَةٌ:

(الْأُولَى): الْعَقْلُ، فَإِذَا أْزَالَهُ بِالضَّرْبِ، فَدِيَةُ كَامِلَةٍ، وَلَوْ زَالَ بِقَطْعِ يَدَيْهِ، فَالْتَّصُ أَنَّهُ دِيَةُ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ الْعَقْلَ لَيْسَ لَهُ مَحَلٌّ مَخْصُوصٌ، فَيَنْدَرِجُ تَحْتَ كُلِّ غُضْوٍ يُكْمَلُ فِيهِ الدِّيَةُ، فَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ، فَرَأَى عَقْلُهُ، فَدِيَتَانِ.

وَقِيلَ: لَا يَنْدَرِجُ الْعَقْلُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْيَدِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ^(١).

وَإِذَا شَكَّكْنَا فِي زَوَالِ الْعَقْلِ، رَاقَبْنَاهُ فِي الْخَلَوَاتِ، ثُمَّ لَمْ نُحْلِفْهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَجَانَنُ فِي الْجَوَابِ.

(الثَّانِيَةُ: السَّمْعُ)، وَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي إِخْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: حُكُومَةٌ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ السَّمْعِ وَاحِدٌ.

وَلَوْ قِيلَ: السَّمْعُ بَاقٍ، وَقَدْ وَقَعَ فِي الطَّرِيقِ أَرْتَاقٌ، فَتَعَطَّلَ الْمَنْفَعَةُ كَرَوَالِهَا؛ عَلَى أَحَدِ

الْوَجْهَيْنِ.

وَيَجْرِي فِيمَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُ الصَّبِيِّ، فَتَعَطَّلَ نُطْقُهُ، أَوْ ضُرِبَ صُلْبُ إِنْسَانٍ، فَتَعَطَّلَ رِجْلُهُ، فَفِي تَعَدُّ الدِّيَةِ خِلَافٌ، وَإِذَا شَكَّ فِي السَّمْعِ، جُرَّبَ بِصَوْتٍ مُتَكَرِّرٍ بَغْتَةً، وَإِنْ نَقَصَ السَّمْعُ، جُرَّبَ بِالنَّسْبَةِ إِلَى مَنْ هُوَ فِي مِثْلِ سِنِّهِ يَقْرُبُ الْمَسَافَةَ وَبُعْدَهَا، فَإِنْ كَذَبَهُ الْجَانِي، حُلْفَ الْمَجْنِي عَلَيْهِ.

(١) قال الرافعي: «ولو زال يقطع يديه فالنص أنه دية واحدة وإلى قوله: فهو القياس». سبق إلى الفهم منه وضع الخلاف في أن دية العقل هل تدرج تحت أرش الجناية ثم السياق يشعر بأن النص الاندراج وإنما يقابله وجه، وأن الظاهر الأول، لكن فيه قولان مشهوران القديم: أنه إذا زال العقل بجنابة لها أرش مقدر وغير مقدر، فيدخل الأقل في الأكثر، فإن كانت دية العقل أكثر بأن زال بالإيضاح دخل في دية العقل أرش الموضحة، وإن كان أرش الجنابة أكثر كما إذا زال بقطع اليدين والرجلين دخلت دية العقل في أرش الجنابة، والجديد: أنه لا يدخل واحد منهما في الآخر، بل يجب دية العقل وأرش الجنابة جميعاً فإذا المذكور يخالف المشهور من وجوه. [ت]

(الثالثة: البصر)، وفي إبطالها مع بقاء الحديقة كمال الدية، ويستوي فيه الأعمش والأخفش، ومن في حدقه بياض لا يمنع أصل البصر كمال الدية، وفي إحداهما النصف، ويُمْتَحَنُ بِتَقْرِبِ حَدِيدَةٍ مِنْ حَدَقَتِهِ مُغَافَصَةً^(١).

(الرابعة: الشم)، وفيه كمال الدية، ويُمْتَحَنُ بِالزَّوَانِحِ الْكَرِيهَةِ الْحَادَّةِ، وَعِنْدَ التَّقْصَانِ يُحْلَفُ لِعُسْرِ الْأَمْتِحَانِ.

وقيل: في الشم حُكُومَةٌ^(٢)، لأنه ضَعِيفُ النَّفْعِ.

(الخامسة: الطُّقْ)، وفي إبطاله كمال الدية، وإن بقي في اللسان فائدة الذوق والحروف الشفوية والحلقية^(٣)، وفي بعض الكلام بعض الدية، ويورُّعُ عَلَى ثَمَانِيَةِ وَعِشْرِينَ حَرْفًا، وَيَدْخُلُ الشَّفَوِيَّةُ وَالْحَلْقِيَّةُ فِي التَّوْزِيعِ، وَلَوْ كَانَ لَا يُخْسِنُ بَعْضُ الْحُرُوفِ، فَهَلْ يَنْقُصُ الدِّيَّةُ، أَوْ هُوَ كَضَعْفِ الْقَوِيِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وإن كان بجناية، فوجهان مُرْتَبَانِ، وأولَى بالتَّقْصِصِ، وَضَعْفُ سَائِرِ الْمَنَافِعِ الَّتِي لَا تَنْقَدِّرُ مِثْلُ الْحُرُوفِ، وَإِنْ كَانَ بِأَفْوَةٍ، لَمْ تَنْقُصْ، وَإِنْ كَانَ بِجَنَائِيَةٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضُ لِسَانِهِ، فَأَبْطَلَ بَعْضُ كَلَامِهِ، وَتَسَاوَتْ نِسْبَةُ الْجُزْمِ وَالْحُرُوفِ، فَذَلِكَ، وَإِنْ تَقَاوَرَا، أَخَذْنَا بِأَكْثَرِ الشَّهَادَتَيْنِ، وَلَوْ قَطَعَ رُبْعُ اللِّسَانِ، فَزَالَ نِصْفُ الْكَلَامِ، فَنِصْفُ الدِّيَّةِ، وَلَوْ قَطَعَ نِصْفَ اللِّسَانِ، فَزَالَ رُبْعُ الْكَلَامِ، فَنِصْفُ الدِّيَّةِ، وَلَوْ اسْتَأْصَلَ الْبَاقِي، وَقَدْ بَقِيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْكَلَامِ، أَوْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ اللِّسَانِ، فَجِبَّ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدِّيَّةِ؛ أَخَذًا بِالْأَكْثَرِ.

وقيل: النَّظَرُ إِلَى الْجُزْمِ فِي حَقِّ الْبَاقِي، وَلَكِنْ لَوْ بَقِيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ اللِّسَانِ، وَفِيهِ نِصْفُ الْكَلَامِ، فَنِصْفُ الدِّيَّةِ وَحُكُومَةٌ؛ وَكَأَنَّ رُبْعَ اللِّسَانِ أَشْلُ.

(السادسة: الصوت)، وفي إبطاله كُلُّ الدِّيَّةِ فَإِنْ بَطَلَ مَعَهُ حَرَكَةُ اللِّسَانِ، فَدِيَّتَانِ.

وقيل: دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّ الصَّوْتَ يُقْصَدُ لِلطُّقِ.

(السابعة: الذوق)، وفيه كمال الدية، وَيُجَرَّبُ بِالْأَشْيَاءِ الْمُرَّةِ.

(الثامنة: المضغ)، فَإِذَا صَلَبَ مَغْرَسٌ لَحْيَيْنِ، فَعَلَيْهِ كَمَالُ الدِّيَّةِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى سِنِّهِ، فَتَعَدَّرَ

(١) غافست فلاناً إذا فاجأته وأخذته على غرة منه، وأخذت الشيء مغافصة أي: مغالبة.

ينظر المصباح المنير ص (٤٤٩).

(٢) قال الرافعي: «وقيل: في الشم حكمة» هو وجه، وقيل قول. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وفي إبطاله كمال الدية، وإن بقي في اللسان فائدة الذوق والحروف الشفوية والحلقية» إيجاب كمال الدية مع بقاء حروف الشفة والحلق قد تعرض له ها هنا وفي «الوسيط» ولم أجده لسائر الأصحاب، وهو مخالف لما ذكر من بعد أنه يجب في بعض الكلام بعض الدية، وإنما يظهر ذلك إذا لم يدخل الشفوية والحلقية في التوزيع. [ت]

الْمَضْعُ، فَكَمَالُ الْأَرْشِ، فَإِنْ أَسْوَدَّ، وَأَمَكَّنَ الْمَضْعُ، فَحُكُومَةُ لِإِزَالَةِ الْجَمَالِ.

(التَّاسِعَةُ) قُوَّةُ الْإِمْنَاءِ وَالْإِحْبَالِ فِيهَا كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي قُوَّةِ الْإِزْضَاعِ حُكُومَةُ؛ لِأَنَّهَا عَارِضَةٌ، وَإِنْطَالُ الْإِنْدَادِ بِالْجَمَاعِ أَوْ بِالطَّعَامِ، إِنْ أَمَكَّنَ فِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَكَذَا لَوْ أَزْتَنَّقَ مَنْفَعُ الطَّعَامِ بِجَنَائِيهِ عَلَى عُنُقِهِ، وَبَقِيَ مَعَهُ حَيَاةٌ مُسْتَقْوَرَّةٌ، فَحَزَّ غَيْرُهُ رَقَبَتَهُ، فَكَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي الْإِفْضَاءِ كَمَالُ الدِّيَةِ عَلَى الزَّوْجِ (ح) وَالزَّانِي جَمِيعًا، وَهُوَ أَنْ يَتَّحِدَ (و) مَسَلُّكَ الْجَمَاعِ وَالْغَائِطِ، وَلَا يَنْدَرُجُ تَحْتَهُ الْمَهْرُ، وَلَا يَنْدَرُجُ أَرْشُ الْبَكَارَةِ تَحْتَ الْمَهْرِ، وَلَوْ أَرَالَ الزَّوْجُ بَكَارَةَ زَوْجَتِهِ بِأُصْبُعٍ، فَفِي أَرْشِ الْبَكَارَةِ خِلَافٌ.

وَمَهْمَا كَانَتْ الزَّوْجَةُ لَا تَحْتَمِلُ الْوُطْءَ إِلَّا بِالْإِفْضَاءِ، فَالْوُطْءُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ، فَإِنْ كَانَ سَبَبُهُ ضَيْقُ الْمَنْفَعِ، فَهُوَ كَالرَّتْقِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرَ الْآلَةِ، فَهُوَ كَالْجَبِّ فِي إِثْبَاتِ الْخِيَارِ^(١).

(الْعَاشِرَةُ) فِي مَنْفَعَةِ الْمَشْيِ وَالْبَطْشِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَلَوْ ضَرَبَ صُلْبُهُ، فَتَطَلَّ مَشْيُهُ، وَجَبَّ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي تَكْمِيلِ الدِّيَةِ فِي الرَّجُلِ الْمُعْطَلَةِ بِخَلَلٍ فِي غَيْرِ الرَّجْلِ خِلَافٌ سَبَقَ، وَلَوْ ضَرَبَ صُلْبُهُ، فَتَطَلَّ مَشْيُهُ وَمَشْيُهُ، فَفِي الْإِنْدِرَاجِ خِلَافٌ، إِذِ الصُّلْبُ كَأَنَّهُ مَحَلٌّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، هَذَا حُكْمُ الْأَطْرَافِ، فَيَتَصَوَّرُ أَنْ يَجِبَ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ قَرِيبٌ مِنْ عِشْرِينَ دِيَّةً جَمْعًا، فَلَوْ مَاتَ بِالسَّرَايَةِ، تَدَاخَلَ، فَلَوْ حَزَّ الْجَانِي رَقَبَتَهُ، تَدَاخَلَ أَيْضًا، وَعَلَى الْقَوْلِ الْمُخْرَجِ لَا يَتَدَاخَلُ.

وَلَوْ كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً، وَالْحَزُّ عَمْدًا، أَوْ بِالْعَكْسِ، فَفِي التَّدَاخُلِ قَوْلَانِ^(٢)؛ لِأَنَّ تَغَايِرَ الْحُكْمِ يُضَاهِي تَغَايِرَ الْجَانِي؛ وَعَلَى التَّدَاخُلِ، لَوْ قَطَعَ يَدُهُ خَطَأً، وَقَتَلَ عَمْدًا، فَالْوَاجِبُ دِيَّةٌ؛ نِصْفُهَا مُغْلَظَةٌ عَلَى الْجَانِي، وَنِصْفُهَا مُخَفَّفَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ الْكُلُّ مُغْلَظَةً؛ إِذِ الْحَزُّ أَبْطَلَ مَا سَبَقَ، وَجِرَاحُ الْعَبْدِ مِنْ قِيَمَتِهِ كَجِرَاحِ الْحُرِّ مِنْ دِيَّتِهِ؛ عَلَى النَّصِّ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخْرَجٌ؛ أَنَّ الْوَاجِبَ بِقَدْرِ التَّقْصَانِ، فَلَوْ قَطَعَ ذَكَرَ الْعَبْدِ، وَجَبَّ كَمَالُ قِيَمَتِهِ؛ عَلَى النَّصِّ، وَعَلَى التَّخْرِيجِ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ، إِذَا لَمْ يُنْقُصِ الْقِيَمَةُ؛ كَالْبَهِيمَةِ.

(الْقِسْمُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ: فِي الْمَوْجِبِ، وَالنَّظَرِ فِي أَرْبَعَةِ أَطْرَافٍ:)

(الطَّرَفُ الْأَوَّلُ: السَّبَبُ)، وَهُوَ كُلُّ مَا يَحْصُلُ الْهَلَاكُ عِنْدَهُ بِعِلَّةٍ سِوَاهُ، وَلَكِنْ لَوْلَاهُ لَمَا أَثَرَتْ الْعِلَّةُ؛ كَالْحَفْرِ مَعَ التَّرْدِيَةِ، فَأَمَّا مَا يَحْصُلُ الْهَلَاكُ لَوْلَاهُ؛ كَمَا لَوْ مَاتَ عِنْدَ صَعْفَةٍ خَفِيفَةٍ، فَهَذَا لَا يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ، وَلَوْ صَاحَ عَلَى صَغِيرٍ، فَازْتَعَدَّ، وَسَقَطَ مِنْ سَطْحٍ، ضَمِنَ، وَفِي الْقِصَاصِ قَوْلَانِ،

(١) قال الرافعي: «فإن كان سببه ضيق المنفذ فهو كالرتق، وإن كان كبير الآلة فهو كالجب في إثبات الخيار» هذا وجه، والمشهور من كلام الأصحاب أنه لا فسخ بمثل ذلك بخلاف الرتق المانع من الوطء على الإطلاق. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو كان القطع خطأ، والحز عمداً أو بالعكس، ففي التداخل قولان» قيل: هما وجهان. [ت]

وَلَوْ كَانَ بِالْغَا، فَلَثَاثَةُ أَوْجِهٍ يُفْرَقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يُعَافِصَهُ مِنْ وَرَائِهِ، أَوْ مِنْ وَجْهِهِ، وَلَوْ صَاحَ عَلَى صَبِيٍّ عَلَى الْأَرْضِ، فَمَاتَ، أَوْ عَلَى بَالِغٍ، فَرَأَى عَقْلُهُ، فَوَجَّهَانِ، وَلَوْ خَوْفَ حَامِلًا، فَأَجْهَضَتْ^(١) جَنِينًا، وَجَبَتْ الْعُرَّةُ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ، وَالضَّابِطُ أَنَّ مَا يَظْهَرُ كَوْنُهُ سَبَبًا، وَلَكِنْ أُحْتَمِلَ حُصُولُ الْهَلَاكِ بِغَيْرِهِ، فَهُوَ كَتِيبَةِ الْعَمْدِ، إِذَا قَصَدَ، وَمَا يُشْكُ فِي كَوْنِهِ سَبَبًا، أُحْتَمِلَ أَنْ يُقَالَ: الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذَّمَّةِ، أَوْ الْأَصْلُ الْحَوَالَةُ عَلَى السَّبَبِ الظَّاهِرِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي اجْتِمَاعِ الْعِلَّةِ وَالشَّرْطِ)، فَإِنْ كَانَ الْعِلَّةُ عُذْوَانًا؛ كَالْتَرْدِيَةِ وَالْحَفْرِ، سَقَطَ أَثَرُ الْحَفْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ؛ كَالْتَرْدِيِّ مَعَ الْحَفْرِ؛ نُظِرَ إِلَى الْحَفْرِ، فَإِنْ كَانَ عُذْوَانًا، ضَمِنَ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ وَضَعَ صَبِيًّا فِي مَسْبَعَةٍ، فَأَفْتَرَسَهُ سَبْعٌ، وَجَبَ الضَّمَانُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ^(٢)، وَلَوْ اتَّبَعَ إِنْسَانًا بِسَيْفِهِ، فَوَلَّى هَارِبًا، وَالْقَى نَفْسَهُ فِي نَارٍ أَوْ مَاءٍ أَوْ بَثْرٍ أَوْ أَفْتَرَسَهُ سَبْعٌ فِي مَسْبَعٍ، أَوْ انْحَسَفَ بِهِ سَقَطَ الْقَى نَفْسَهُ عَلَيْهِ، فَهُوَ قَاتِلٌ نَفْسِهِ إِلَّا إِذَا كَانَتِ الْبَثْرُ مُغَطَّاةً، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتَّبِعِ، وَلَوْ سَلَّمَ صَبِيًّا إِلَى سَبَّاحٍ، فَفَرَّقَ بِتَقْصِيرِهِ، ضَمِنَ (و)، وَإِنْ كَانَ بِالْغَا، لَمْ يَضْمَنْ، وَحَفَرَ الْبَثْرُ لَا يَكُونُ عُذْوَانًا فِي مِلْكِهِ، وَفِي الْمَوَاتِ إِلَّا إِذَا حَفَرَ بَثْرًا فِي دَهْلِيزِ نَفْسِهِ، وَدَعَا إِلَيْهِ غَيْرُهُ، فَقَبِلَ الضَّمَانُ قَوْلَانِ؛ لِتَعَارُضِ الْمُبَاشَرَةِ وَالْعُرُورِ، أَمَّا فِي الشَّارِعِ بِحَيْثُ يَضُرُّ بِالْمُجْتَازِينَ، فَعُذْرَانِ، وَإِنْ كَانَ لِمَصْلَحَةِ الطَّرِيقِ، وَبِإِذْنِ الْوَالِي، فَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ اسْتَقْلَلَ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَكِنْ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ^(٣)، وَإِنْ حَفَرَ لِعَرَضِ نَفْسِهِ، وَلَمْ يَضُرَّ بِالنَّاسِ، فَهُوَ جَائِزٌ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ^(٤)، وَكَذَا إِشْرَاعُ الْأَجْنَحَةِ جَائِزٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ (و)؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ حَفَرَ فِي مِلْكِهِ، فَسَقَطَ جِدَارُ دَارِهِ؛ فَلَا ضَمَانَ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ حَرَجًا عَلَى الْمَلِكِ، إِلَّا أَنْ يَقْصَرَ بِمُخَالَفَةِ الْعَادَةِ فِي سَعَةِ الْبَثْرِ، فَضَمِنَ، وَلَوْ أَوْقَدَ نَارًا عَلَى السَّطْحِ فِي يَوْمٍ رِيحٍ عَاصِفٍ، ضَمِنَ عُهْدَةَ الشَّرَارِ، وَلَوْ عَصَفَهُ الرِّيحُ بَغْتَةً، فَلَا، وَلَوْ سَقَطَ مِيزَابُهُ عَلَى رَأْسِ إِنْسَانٍ، فَإِنْ كَانَ السَّاقِطُ الْقَدْرَ الْبَارِزَ، ضَمِنَ (و)؛ كَالْجَنَاحِ، وَإِنْ سَقَطَ الْكُلُّ، لَمْ يَضْمَنْ؛ عَلَى وَجْهِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حَاجَةِ الْمَلِكِ؛ بِخِلَافِ الْجَنَاحِ، وَضَمِنَ التَّنْصِفَ بِإِزَاءِ الْبَارِزِ، عَلَى وَجْهِهِ^(٥)، وَضَمِنَ مَا يَقْتَضِيهِ وَزُنُ الْبَارِزِ؛ عَلَى وَجْهِهِ؛ إِذَا قِيسَ بِوَزْنِ الدَّاحِلِ، وَإِذَا مَالَ الْجِدَارُ

(١) أجهضت الناقة والمرأة ولدها إجهاضاً أسقطته ناقص الخلق فهي جهيض.

ينظر المصباح المنير ص (١١٣).

(٢) قال الرافعي: «ولو وضع صبيًّا في مسبعة، فافترسه سبع وجب الضمان على أصح الوجهين» الظاهر أنه لا يضمن. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن استقل فهو جائز، لكن بشرط سلامة العاقبة» على أحد القولين» قيل: هما قولان وجهان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وإن حفر لغرض نفسه ولم يضر بالناس فهو جائز بشرط سلامة العاقبة هذا وجه، والأولى به أجاب أصحابنا العراقيون والروائي أنه إذا كان بإذن الولي فلا ضمان. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن سقط الكل لم يضمن على وجه لأنه من حاجة الملك، بخلاف الجناح، وضمن النصف بإزاء البارز على وجه» قيل: هما قولان، وسياق الكتاب يشعر بتخصيص الخلاف مما إذا سقط الكل، ويجزم الوجوب إذا سقط البارز وحده والأكثرون طردوه في الحالتين. [ت]

إِلَى الشَّارِعِ؛ بَأَن بَنَاهُ مَائِلًا، فَهُوَ كَالْقَابُولِ^(١)، وَإِنْ مَالَ فِي الدَّوَامِ، فَلَمْ يُتَدَارَكْ مَعَ الْإِمْكَانِ، فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا قُمَامَاتُ الْبُيُوتِ، وَقُشُورُ الْبَطِيخِ، إِذَا تَعَثَّرَ بِهَا إِنْسَانٌ، فَفِي وَجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُتْلَقِي وَجْهَانِ؛ كَمَا فِي الْمِيزَابِ؛ لِأَنَّ طَرَحَ الْقُمَامَاتِ لِمَرَافِقِ الْأَمْلَاكِ، وَرَشَّ الْمَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِمَصْلَحَةِ عَامَةٍ، فَهُوَ سَبَبُ ضَمَانٍ فِي حَقِّ مَنْ تَزَلَّقَ، وَلَمْ يَرِ مَوْضِعَ الرَّشِّ.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي تَرْجِيحِ سَبَبٍ عَلَى سَبَبٍ)، وَمَهُمَا اجْتَمَعَ سَبَبَانِ مُخْتَلِفَانِ، قُدِّمَ الْأَوَّلُ، وَلَوْ حَفَرَ بَثْرًا، وَنَصَبَ آخَرَ حَجَرًا، فَتَعَثَّرَ بِالْحَجَرِ، وَوَقَعَ فِي الْبَثْرِ، فَالضَّمَانُ عَلَى وَاضِعِ الْحَجَرِ، وَكَذَا لَوْ سَقَطَ الْحَجَرُ بِسَبَبِ الشَّيْلِ عَلَى طَرَفِ الْبَثْرِ، سَقَطَ الضَّمَانُ عَنِ الْحَافِرِ، وَلَوْ سَقَطَ فِي بَثْرِ عَلَى سَكِينٍ مَنْصُوبٍ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْحَافِرِ، لَا عَلَى نَاصِبِ السَّكِينِ، وَلَوْ حَفَرَ بَثْرًا قَرِيبَ الْعُمُقِ، فَعَمَّقَهَا غَيْرُهُ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ؛ فِي وَجْهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ؛ لِتَنَاسُبِ الْجَنَائِثَيْنِ.

وَلَوْ تَعَثَّرَ بِحَجَرٍ فِي الطَّرِيقِ، فَالضَّمَانُ عَلَى وَاضِعِهِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِقَاعِدٍ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْقَاعِدِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِوَاقِفٍ، فَالْمَاشِي مُهْدَرٌ، وَضَمَانُ الْوَاقِفِ عَلَى الْمَاشِي؛ لِأَنَّ الْوُقُوفَ مِنْ مَرَافِقِ الْمَشْيِ، دُونَ الْقُعُودِ، وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ تَرَدَّدَ فِي بَثْرِ، فَسَقَطَ عَلَيْهِ آخَرُ، فَضَمَّاهُمَا عَلَى عَاقِلَةِ الْحَافِرِ، وَهَلْ لَوَزَنَةُ الْأَوَّلِ مُطَابِقَةٌ لِقَوْلِهِ الثَّانِي بِنِصْفِ الدِّيَةِ؛ حَتَّى يَرْجِعُوا بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الْحَافِرِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ؛ مَنْشُؤُهُ أَنَّ الْمُكْرَهَ، هَلْ يَتَعَلَّقُ بِهِ^(٢) [عَهْدَةٌ (و)؟]، وَلَوْ تَزَلَّقَ عَلَى طَرَفِ الْبَثْرِ، فَتَعَلَّقَ بِآخَرَ، وَجَذَبَهُ، وَتَعَلَّقَ الْآخَرُ بِثَالِثٍ، وَجَذَبَهُ، وَوَقَعَ بَعْضُهُمْ عَلَى الْبَعْضِ، فَلَا أَوَّلَ مَاتَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَسْبَابٍ بِصَدْمَةِ الْبَثْرِ وَثِقَلِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ، وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَى وَاحِدٍ، فَيُهْدَرُ ثُلُثُ دِيَّتِهِ، وَثُلُثُهُ عَلَى الْحَافِرِ، وَثُلُثُهُ عَلَى الثَّانِي؛ فَإِنَّهُ جَذَبَ الثَّالِثَ، وَأَمَّا الثَّانِي هَلَكَ بِسَبَبَيْنِ، وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَى أَحَدِهِمَا، فَيُهْدَرُ نِصْفُهُ، وَنِصْفُ دِيَّتِهِ عَلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ جَذَبَهُ، وَأَمَّا الثَّالِثُ، فَكُلُّ دِيَّتِهِ عَلَى الثَّانِي.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِيمَا يُوجِبُ الشَّرَكَةَ)؛ كَمَا إِذَا أَضْطَمَّ حُرَّانِ، وَمَاتَا، فَكُلُّ وَاحِدٍ شَرِيكَ فِي قَتْلِ نَفْسِهِ وَقَتْلِ صَاحِبِهِ، فَفِي تَرْكَةِ كُلِّ وَاحِدٍ كَفَّارَتَانِ وَعَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِيَةِ صَاحِبِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَا مُتَعَمِّدَيْنِ، فَهِيَ فِي تَرْكَتِهِمَا، فَإِنْ كَانَا رَاكِبَيْنِ، زَادَ فِي تَرْكَةِ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ قِيمَةِ دَابَّةِ صَاحِبِهِ، فَإِنْ غَلَبَهُمَا الدَّابَّتَانِ، أَهْدَرَ الْهَلَكَ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ إِحَالَةً عَلَى الدَّوَابِّ، وَفِي الثَّانِي يُحَالُ عَلَى رُكُوبِهِمَا، فَإِنْ كَانَا صَبِيَّيْنِ أَرْكَبَهُمَا أَجْنَبِيَّيْنِ مُتَعَدِّيَّيْنِ، فَحَوَالَةُ الْكُلِّ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ أَرْكَبَهُمَا الْوَلِيُّ، فَلَا حَوَالَةَ عَلَيْهِ، بَلْ هُوَ كَرُكُوبِ الصَّبِيِّيْنِ بِنَفْسِهِمَا، وَإِنْ أَرْكَبَ الْوَلِيَّ لِأَجْلِ زِينَةٍ لَا حَاجَةَ، فَفِي تَقْيِيدِهِ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ فِي حَقِّ الْوَلِيِّ وَجْهَانِ، فَإِنْ تَصَادَمَ حَامِلَتَانِ، فَفِي تَرْكَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ؛ لِأَنَّهُ أَهْلَكَ أَرْبَعَةَ أَنْفُسٍ، وَالْكَفَّارَةُ لَا تَنْجِزُ، وَقَاتِلُ نَفْسِهِ يَلْزِمُهُ الْكَفَّارَةُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ

(١) القابول: هو السَّابِاطُ هَكَذَا اسْتَعْمَلَهُ الْغَزَالِيُّ وَتَبِعَهُ الرَّافِعِيُّ وَلَمْ أَظْفَرْ بِنَقْلِ فِيهِ. قَالَ فِي الْمَصْبَاحِ.

يَنْظُرُ الْمَصْبَاحُ الْمَنِيرُ ص (٤٨٩).

(٢) فِي أ: لَهُ.

في المسألتين، وعلى عاقلة كل واحدة غرة، نصفها لهذا الجنين، ونصفها للآخر، وحكم الدية ما سبق، فإن كانا عبدان، فهما مهدران، وإن كان أحدهما عبداً، فنصف قيمة العبد في تركة الحر، ونصف دية الحر تتعلق بذلك القيمة؛ فإنها بدل الرقبة، فإن كانتا مستولدتين، وتساوت القيمتان، نقاصتا، وإن كانت إحداهما نسوي مائتين، والأخرى مائة، فصل لصاحب النفيس خمسون بعد النقاص، وإن كانتا حاملتين وقيمة كل غرة أربعين، فصاحب النفيسة يستحق مائة وعشرين من جملة مائتين وأربعين، ولكن قيمة الحسيصة مائة، ولا يجب (و) على سيد المستولدة إلا أقل الأمرين، فعليه مائة، لكنه يستحق سبعين من جملة مائة وأربعين، فيفضل عليه ثلاثون، وإن اضطدمت سفينتان، فالملاح كالراكب، والسفينة كالذابة، وغلبة الرياح كغلبة الذابة، ولو كان في كل سفينة عشرة أنفس وأموال، فهما شريكان في قتل العشرين وإتلاف الأموال، وإذا قال الملاح: كان ذلك بالريح، صدق مع يمينه، وإن أشرقت سفينة على الغرق، فقال الخائف على نفسه، أو على غيره: ألتى متاعك، وعلي ضمائه، لزمه لحاجة الفداء، وإن كان ملقي المتاع أيضاً محتاجاً، لزمه أيضاً. وقيل: ينقط بقدر حصّة المالك.

ولو كانوا عشرة، سقط العشر، ولو كان المحتاج هو المالك فقط، فألقى بضمائ غيره، لم يحل له الأخذ، ولو قال الملتبس: ألتى، وزكبان السفينة ضامون، ثم قال: أردت التوزيع، يصدق مع يمينه، ولزمه حصته، والراكبون إن رضوا به، لزمهم، وإلا فلا.

ولو رجع حجب المنجنيق على المائة، وكانوا عشرة، فبهدر من دم كل واحد عشره، فإن أصاب غيرهم، فالدية على عاقلتهم، إلا إذا قصدوا شخصاً، وقدروا على إصابته فهو عمد.

وإن قدروا على إصابة واحد من الجمع، لا يعينه، فهو خطأ في حق ذلك الواحد.

ولو جرح مرتداً، فأسلم، ثم عاد الجارح مع ثلاثة، فجرحوه فالجناة أربعة (و)؛ على كل واحد ربع الدية، والجاني في الحالتين، لزمه الربع بجراحتين؛ إحداهما مهذرة، فيعود حصته إلى الثمن.

وقيل: يورع على الجراحات، ويقال: الجراحات خمس، فيسقط الخمس وينتقى على كل واحد من الأربعة خمس الدية، ولو قطع يد العبد الجاني، فجنى بعده، ثم مات فأرش اليد يختص به المجني عليه أولاً، والباقي يشاركه فيه المجني عليه ثانياً؛ لأنه مات بعد الجنائيتين وقطع بعد إحدى الجنائيتين، وإن فصل من أرض الأولى، فالفاضل من أرض الطرف للسيد، وقيمة النفس للمجني عليه ثانياً، والقاتل بالسحر، إذا أقر بالتعمد، يلزمه (و) القصاص، وإن أقر بالخطأ أو شبه العمد، فالدية على العاقلة، لو أقرها.

(القسم الثالث: من الكتاب فيمن عليه الدية)

وهو الجاني، إن كان عمداً، والعاقلة إن لم يكن عمداً، والنظر في أركان:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ): فِي جِهَةِ الْعَقْلِ وَصِفَةِ الْعَاقِلَةِ:

(أَمَّا الْجِهَةُ، فَلثَلَاثَةٌ: الْعُصُوبَةُ، وَالْوَلَاءُ، وَبَيْتُ الْمَالِ، أَمَّا الْمُحَالَفَةُ وَالْمُؤَالَاهُ، فَلَا تُوجِبُ الْعَقْلَ (ح).

(الْجِهَةُ الْأُولَى): الْقَرَابَةُ، وَهُوَ كُلُّ عَصَبَةٍ سِوَى أَبْعَاضِ الْجَانِي مِنْ آبَائِهِ وَبَنِيهِ، فَإِنْ كَانَ أَبْنَاهُ ابْنُ أَبْنٍ عَمَّهَا، فَبِهَا الضَّرْبُ وَجَهَانٌ، وَفِي تَقْدِيمِ الْأَخِ لِلْأُمِّ عَلَى الْأَخِ لِلْأُمِّ قَوْلَانِ.

(الْجِهَةُ الثَّانِيَةُ: الْوَلَاءُ)، فَإِنْ لَمْ يُصَادَفْ عَصَبَتُهُ، فَعَلَى مُغْتَنِقِ الْجَانِي، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَعَصَبَاتُ الْمُغْتَنِقِ، ثُمَّ مُغْتَنِقُ الْمُغْتَنِقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُغْتَنِقُ أَبِي الْمُغْتَنِقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ، هَكَذَا عَلَى التَّرْتِيبِ؛ كَالْمِيرَاثِ، وَفِي دُخُولِ ابْنِ الْمُغْتَنِقِ وَأَبِيهِ وَجَهَانٌ، وَإِذَا اغْتَنَقَتِ الْمَرْأَةُ لَمْ يُضْرَبْ عَلَيْهَا، بَلْ عَلَى عَصَبَاتِهَا؛ كَمَا يُزَوِّجُونَ عَتِيقَتَهَا، وَالشُّرَكَاءُ فِي عِنْتِ عَبْدٍ وَاحِدٍ، كَشَخْصٍ وَاحِدٍ؛ لَا يَلْزَمُهُمْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ دِينَارٍ؛ فَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ عَصَبَاتِهِ لَا يَحْمِلُ أَكْثَرَ مِنْ حِصَّةِ الْمُغْتَنِقِ، لَوْ كَانَ حَيًّا، وَمَا دَامَ الْمُغْتَنِقُ حَيًّا، فَلَا يَزِقُّ إِلَى عَصَبَاتِهِ، وَإِنْ فَضَلَ عَنْهُ شَيْءٌ؛ إِذْ لَا وَلَاءَ لَهُمْ، فَإِنْ مَاتَ، فَعَصَبَاتُهُ كَعَصَبَاتِ الْجَانِي، وَفِي تَحْمِلِ الْعَتِيقِ عَنِ الْمُغْتَنِقِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَحَمَّلُ، فَاجْتَمَعَ الْمَوْلَى الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ فَالْأَعْلَى أَوْلَى، وَالْمُتَوَلَّدُ بَيْنَ الْعَتِيقِ وَالْعَتِيقَةِ يَجِبُ عَقْلُهُ عَلَى مَوَالِي الْأَبِ تَرْجِيحًا لِجِهَةِ الْأَبَوَةِ، فَإِنْ تَوَلَّدَ مِنْ عَتِيقَةٍ وَرَقِيقٍ، فَالْوَلَاءُ لِمَوَالِي الْأُمِّ، إِذْ لَا وَلَاءَ عَلَى الْأَبِ بَعْدُ، وَإِنْ أُغْتَنَقَ الْأَبُ، أَنْجَزَ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الْأَبِ، فَإِنْ جَنَى الْوَلَدُ قَبْلَ جَزِّ الْوَلَاءِ، فَأَرْشُ الْجَنَائَةِ عَلَى مَوَالِي الْأُمِّ، وَمَا زَادَ بِسِرَازَةٍ بَعْدَ الْجَزِّ عَلَى الْجَانِي؛ لِأَنَّهُ نَتِيجَةُ جَنَائِيهِ قَبْلَ الْجَزِّ، فَلَا يَحْمِلُهُ مَوَالِي الْأَبِ وَلِأَنَّهُ حَصَلَ بَعْدَ الْجَزِّ فَلَا يَحْمِلُهُ مَوَالِي الْأُمِّ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَحِلَّ عَنِ الْمَوَالِي، فَلَا يَحْمِلُهُ بَيْتُ الْمَالِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْنِ قَبْلَ الْجَزِّ، فَسَرَى بَعْدَهُ، فَعَلَى مَوَالِي الْأُمِّ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ الْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ.

(الْجِهَةُ الثَّالِثَةُ: بَيْتُ الْمَالِ):، فَإِذَا لَمْ تَجِدِ الْعُصُوبَةَ وَالْوَلَاءَ، أَخَذْنَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، إِنْ كَانَ الْجَانِي مُسْلِمًا، فَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا، رَجَعْنَا (و) إِلَى الْجَانِي.

(أَمَّا الصِّفَاتُ)، فَلَا يُضْرَبُ عَلَى مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ وَأَمْرَأَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَقَةً، وَلَا عَلَى مُخَالِفٍ فِي الدِّينِ، فَلَا يَحْمِلُ مُسْلِمٌ مِنَ الذَّمِّ، وَلَا الذَّمِيُّ مِنَ الْمُسْلِمِ، وَفِي تَحْمِلِ الْيَهُودِيِّ مِنَ النَّضْرَانِيِّ قَوْلَانِ، وَالْحَزْبِيُّ لَا يَتَحَمَّلُ (و)، وَالْمُعَاهِدُ كَالذَّمِيِّ إِذَا لَمْ يَنْصَرِمْ عَهْدُهُ قَبْلَ مُضِيِّ أَجْلِ الضَّرْبِ، وَلَا يُضْرَبُ عَلَى فَقِيرٍ، وَإِنْ كَانَ مُعْتَمِلًا، وَيُضْرَبُ عَلَى الْغَنِيِّ نِصْفُ (ح م) دِينَارٍ، وَهُوَ الَّذِي مَلَكَ عَشْرِينَ دِينَارًا بَعْدَ الْمَسْكِينِ وَمَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ الرُّبْعُ، وَهُوَ الَّذِي يَمْلِكُ أَقْلَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَكِنْ مَلَكَ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ، وَيُنْظَرُ إِلَى الْيَسَارِ فِي آخِرِ السَّنَةِ، فَلَوْ طَرَأَ الْيَسَارُ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا، فَلَا أَلْتِفَاتَ إِلَيْهِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ التَّوْزِيعِ)، وَالْبِدَايَةُ بِأَقْرَبِ (ح) الْعَصَبَاتِ، وَلَا يُضْرَبُ عَلَى وَاحِدٍ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ أَوْ رُبْعٍ، وَهُوَ حِصَّةُ كُلِّ سَنَةٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ حِصَّةُ جَمِيعِ السِّنِينَ.

ثُمَّ إِنْ فَضَلَ مِنَ الْأَقْرَبِينَ شَيْءٌ، تَرَقَيْنَا إِلَى مَنْ بَعْدَهُمْ، ثُمَّ إِلَى الْمُعْتَقِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَصَبَةً، أَخَذْنَا بَقِيَّةِ الْوَاجِبِ آخِرَ السَّنَةِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ أَخَذْنَا مِنَ الْجَانِي؛ عَلَى أَقْسَى الْوَجْهَيْنِ؛ حِذَاراً مِنَ التَّغْطِيلِ.
وَقِيلَ: يُنْتَظَرُ يَسَارُ بَيْتِ الْمَالِ.

وَأَمَّا الذَّمِّيُّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ، فَيُطَالَبُ بَعْدَ مُضِيِّ الْأَجْلِ^(١)؛ إِذْ لَا يُنْتَظَرُ لَهُ بَيْتُ الْمَالِ؛ وَكَذَا إِذَا اعْتَرَفَ بِالْخَطِإِ، وَأَنْكَرَ الْعَاقِلَةَ، وَلَا بَيِّنَةً، إِذْ لَا يُنْتَظَرُ إِقْرَارُ الْعَاقِلَةِ، فَإِنْ أَقْرَأُوا عَلَى قَدُورٍ، وَقَعَ الرَّجُوعُ عَلَيْهِمْ.

وَمَا دُونَ أَرْضِ الْمُوضِحَةِ مَضْرُوبٌ (ح م و) عَلَى الْعَاقِلَةِ، بَلْ لَوْ كَانَ الْأَرْضُ نِصْفَ دِينَارٍ، وَرَغْنَاهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانُوا مِائَةَ طَوْلَبَ جَمِيعُهُمْ بِنِصْفِ دِينَارٍ مُشْتَرِكٍ؛ عَلَى وَجْهِهِ.
وَعَلَى وَجْهِهِ يُعَيَّنُ الْقَاضِي وَاحِداً؛ كَيْ لَا يَغْسِرَ الطَّلَبُ.

(وَأَمَّا الْأَجَلُ)، فَهُوَ فِي دِيَّةٍ كَامِلَةٍ ثَلَاثَ سِنِينَ، وَهِيَ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ^(٢) يُؤْخَذُ ثُلُثُهَا فِي آخِرِ كُلِّ سَنَةٍ، فَلَوْ وَجَبَ مِائَتَانِ مِنَ الْإِبِلِ فِي عَبْدٍ، وَقُلْنَا: يَحْمِلُ (و) فَهُوَ مَضْرُوبٌ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ نَظَرًا إِلَى أَنَّهُ بَدَلُ نَفْسٍ.
وَقِيلَ: إِنَّهُ فِي سِتِّ سِنِينَ؛ نَظَرًا إِلَى الْقَدْرِ.

وَعَلَى هَذَا يُضْرَبُ دِيَّةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ فِي سَنَةٍ، وَدِيَّةُ الْمَجُوسِيِّ فِي سَنَةٍ، وَغُرَّةُ الْجَنِينِ أَيْضاً فِي سَنَةٍ؛ لِأَنَّ السَّنَةَ لَا تَتَجَرَّأُ، وَدِيَّةُ الْمَرْأَةِ فِي سَنَتَيْنِ، وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدٌ ثَلَاثَةً، فَيُضْرَبُ ثَلَاثُمِائَةً مِنَ الْإِبِلِ فِي تِسْعِ سِنِينَ؛ عَلَى وَجْهِهِ؛ نَظَرًا إِلَى الْقَتْلِ، أَوْ إِلَى أَنَّ الثَّلَاثَةَ الْأَنْفُسَ لَا يَكُونُونَ كَنَفْسٍ وَاحِدَةٍ، وَيُضْرَبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ الْأَجَالَ لِلدُّيُونِ الْمُتَفَرِّقَةِ تَتَسَاوَقُ وَلَا تَتَعَاقَبُ، وَإِنْ قَتَلَ ثَلَاثَةً وَاحِداً، فَالْدِّيَّةُ الْوَاحِدَةُ مَضْرُوبَةٌ عَلَى الْعَوَاقِلِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثٌ؛ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الْمُسْتَحَقِّ.

وَقِيلَ: فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَدِيَّةُ يَدَيِ الشَّخْصِ كَنَفْسِهِ.

وَدِيَّةُ إِحْدَى الْيَدَيْنِ مِنَ الرَّجُلِ يُضْرَبُ فِي سَنَتَيْنِ؛ لِعَدَمِ النَّفْسِ وَنُقْصَانِ الْقَدْرِ.

(١) قال الرافعي: «وأما الذمي إذا لم يكن له عاقلة، فيطالب بعد مضي الأجل» هذا مكرر كالمكرر لقوله قبل ذلك: «وإن كان ذمياً رجعتا إلى الجاني، وكأنه أراد أن يبين أن ما قيل في حق المسلم أنه ينتظر يسار بيت المال لا مجال له في حق الذمي؛ لأنه لا يتحمل عنه بيت المال؛ ثم قوله: بعد مضي الأجل لا حاجة إليه، فإن الدية المتحملة لا تكون إلا مؤجلة، والمطالبة لا تكون إلا بعد انقضاء الأجل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما الأجل فهو في دية كاملة ثلاث سنين وهي مائة من الإبل» لا حاجة إلى قوله: وهي مائة من الإبل، فقد سبق ما بيينه. [ت]

وَلَوْ قَطَعَ يَدَيِ إِنْسَانٍ وَرِجْلَيْهِ، فَهُوَ كَقَتْلِ نَفْسَيْنِ، وَمَنْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالنَّظَرُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، وَالْغَائِبُ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالْمَعْدُومِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَتَعْنِي بِهِ غَيْبَةُ تَمْنَعِ التَّخْصِيلَ فِي سَنَةٍ.

وَأَوَّلُ الْحَوْلِ يُحْسَبُ مِنْ وَقْتِ الرَّفْعِ إِلَى الْقَاضِي^(١)، سَوَاءً شَعَرَ بِهِ الْعَاقِلَةُ أَوْ لَمْ تَشْعُرْ، لَا مِنْ وَقْتِ الْجِنَايَةِ، وَلَوْ سَرَتْ الْجِنَايَةُ بَعْدَ الدَّفْعِ، فَحَوْلُ أَرْضِ السَّرَايَةِ مِنْ وَقْتِ السَّرَايَةِ^(٢).

وَلَوْ جَنَى الْعَبْدُ، فَأَزْشُهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ؛ حَتَّى يُطَالَبَ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٣)، فَإِنْ تَعَلَّقَ، فَهَلْ يَصِحُّ ضَمَانُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ الْفِدَاءَ، فَلَهُ ذَلِكَ، وَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ، أَوْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ؛ فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ اخْتَزَنْتُ الْفِدَاءَ، لَمْ يَلْزَمُهُ مَا لَمْ يُسْلِمَ؛ فِي أَفْسَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ جَنَتِ الْمُسْتَوْلَدَةُ، فَعَلَى السَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مَانِعٌ بِالْإِسْتِيْلَادِ، فَلَوْ جَنَتْ مِرَارًا، وَلَمْ يَتَحَلَّلْ فِدَاءً، فَهِيَ كَجِنَايَةِ وَاحِدَةٍ، فَتَجْمَعُ وَيَلْزَمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ، وَلَوْ تَحَلَّلَ فِدَاءً، لَزِمَهُ فِدَاءُ جَدِيدٍ؛ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي يُسْتَرَدُّ الْأَوَّلُ، وَيُوزَعُ عَلَيْهِمَا، وَوَطْءُ الْجَارِيَةِ الْجَانِيَةِ لَيْسَ اخْتِيَارًا لِلْفِدَاءِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

(الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الْكِتَابِ: فِي غُرَّةِ الْجَنِينِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ:

(الطَّرْفُ الْأَوَّلُ فِي الْمَوْجِبِ)، وَهِيَ جِنَايَةٌ تُوجِبُ انْفِصَالَ الْجَنِينِ مَيِّتًا، فَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ، وَمَاتَتِ الْأُمُّ، فَلَا شَيْءَ، وَإِنْ انْفَصَلَ بَعْدَ مَوْتِ الْأُمِّ، وَجَبَ (ح م)، وَإِنْ انْفَصَلَ حَيًّا، وَلَوْ عَلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِينَ، ثُمَّ مَاتَ، فِدِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَتِلْكَ الْحَيَاةُ لَا تَدْرُومُ، بَلْ لَوْ لَمْ تَكُنْ جِنَايَةً، فَقَتِلَ مِثْلُ هَذَا الْجَنِينِ، وَجَبَ الْقِصَاصُ؛ كَقَتْلِ مَرِيضٍ مُشْرِفٍ عَلَى الْمَوْتِ، وَلَوْ خَرَجَ رَأْسُ الْجَنِينِ، وَمَاتَتِ الْأُمُّ، وَجَبَتِ الْغُرَّةُ (م)؛ لِتَيَقُّنِ الْجَنِينِ. وَقِيلَ: لَا يَجِبُ؛ لِعَدَمِ الْانْفِصَالِ.

وَكَذَا الْوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ قُدَّتْ بِنِصْفَيْنِ، فَأَنكَشَفَ الْجَنِينُ فِي بَطْنِهَا؛ وَكَذَا الْوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ خَرَجَ رَأْسُ الْجَنِينِ، فَصَاحَ، فَخَزَّتْ رَقَبَتُهُ، فَمَنْ لَا يَتَعَدَّى بِهِذَا الْانْفِصَالَ، لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ، وَلَا كَمَالَ الدِّيَةِ، وَلَوْ أَجْهَضَتْ يَدًا، وَمَاتَتْ، وَجَبَتْ غُرَّةٌ، إِذَا تَيَقَّنَا وَجُودَ جَنِينِهَا، وَلَوْ أَلْقَتْ أَرْبَعَةَ أَيِّدٍ

(١) قال الرافعي: «أول الحول يحسب من وقت الرفع إلى القاضي» كذا ذكر هاهنا، وفي الوسيط، وهو كالمنفرد بهذا النقل، وكتب الأصحاب متفقة على أن ابتداء الحول من وقت الموت. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو سرت الجناية بعد الدفع فحول أرض السراية من وقت السراية» هذا يجري على أن الابتداء في وقت الرفع. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وهل يتعلق بذمته حتى يطالب به بعد العتق» فيه قولان قيل وجهان. [ت]

وَرَأْسَيْنِ، لَمْ يُزِدْ عَلَى غُرَّةٍ، فَرُبَّ شَخْصٍ لَهُ رَأْسَانِ، وَلَوْ أَلْقَتْ بَدَنَيْنِ، فِدَيَّتَانِ؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُ الْبَدَنَانِ لِشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ أَلْقَتْ يَدَيْنِ، ثُمَّ خَرَجَ جَنَيْنٌ حَيٌّ بِلَا يَدَيْنِ، فِدِيَّةٌ كَامِلَةٌ لِلْيَدَيْنِ، وَإِنْ كَانَ سَلِيمٌ الْيَدَيْنِ، فَحُكُومَةٌ لَهُمَا.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي الْمَوْجِبِ فِيهِ)، وَهُوَ الْجَيْنُ الَّذِي بَدَأَ فِيهِ التَّخْطِيطُ، وَلَوْ فِي طَرَفٍ مِنْ أَطْرَافِهِ، وَإِذَا أَدْرَكْتَ الْقَوَائِلَ، كَفَى ذَلِكَ، لَا شَيْءَ فِي إِنْجَاحِ الْمُضْغَةِ وَالْعَلَقَةِ قَبْلَ التَّخْطِيطِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(١)، ثُمَّ فِي الْجَيْنِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ غُرَّةٌ، وَفِي الْجَيْنِ الْكَافِرِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

(أَحَدُهَا): غُرَّةٌ وَلَا يُبَالَى بِالتَّسْوِيَةِ.

(وَالثَّانِي): ثَلَاثُ الْغُرَّةِ.

(وَالثَّلَاثُ): لَا يَجِبُ شَيْءٌ.

فَإِنْ قُلْنَا بِالثَّلَاثِ، فَالْمُتَوَلَّدُ مِنْ نَضْرَانِيٍّ وَمَجُوسِيٍّ، قِيلَ: إِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالْأَخْفِ.

وَقِيلَ: بِالْأَغْلَظِ.

وَقِيلَ: الْعِبْرَةُ بِجَانِبِ الْأَبِ.

وَلَوْ جَنَى عَلَى ذِمَّةٍ، فَاسْلَمَتْ، ثُمَّ أَجْهَضَتْ، فَغُرَّةٌ كَامِلَةٌ، نَظَرًا إِلَى حَالِ الْأَنْفِصَالِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى حَزْبِيَّةٍ، فَاسْلَمَتْ، ثُمَّ أَجْهَضَتْ، فَفِي صَمَانِ الْجَيْنِ وَجْهَانِ؛ كَمَا لَوْ رَمَى إِلَى حَزْبِيٍّ فَاسْلَمَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ، أَمَّا الْجَيْنُ الرَّقِيقُ، فَفِيهِ عَشْرُ قِيَمَةٍ الْأُمِّ، وَيُغْتَبَرُ الْقِيَمَةُ عَلَى الصَّحِيحِ يَوْمَ الْجَنَائَةِ، لَا يَوْمَ الْإِنْجَاحِ؛ أَخْذًا بِالْأَغْلَظِ، فَلَوْ كَانَ الْجَيْنُ سَلِيمًا، وَالْأُمُّ مَقْطُوعَةَ الْأَطْرَافِ، قُدِّرَتْ سَلِيمَةً الْأَطْرَافِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَحْهَيْنِ؛ كَمَا يُقَدَّرُ إِسْلَامُهَا وَحُرِّيَّتُهَا، إِذَا كَانَ الْجَيْنُ كَذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ الْجَيْنُ مَقْطُوعَ الْأَطْرَافِ، فَلَا تُقَدَّرُ الْأُمُّ مَقْطُوعَةً؛ عَلَى الصَّحِيحِ؛ إِذْ ذَاكَ فِي الْجَيْنِ مِنْ أَثَرِ الْجَنَائَةِ.

(الطَّرْفُ الثَّلَاثُ: فِي صِفَةِ الْغُرَّةِ)، وَهُوَ رَقِيقٌ سَلِيمٌ مِنْ عَيْبٍ يُنْبِئُ الرَّدَّ فِي الْبَيْعِ، سِئُهُ فَوْقَ سَنَعٍ، وَدُونَ خَمْسِ عَشْرَةَ، إِنْ كَانَ غَلَامًا، وَدُونَ الْعِشْرِينَ، إِنْ كَانَتْ أُنْثَى.

وَقِيلَ: تُؤْخَذُ الْكَبِيرَةُ مَا لَمْ تَضْعُفْ بِالْهَرَمِ، وَفِي نَفَاسَةِ قِيَمَتِهَا وَجْهَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِيهِ بَعْدَ وُجُودِ السَّنِّ وَالسَّلَامَةِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَنْقُصَ عَنْ قِيَمَةِ خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ؛ لِأَنَّا عِنْدَ الْعَقْدِ نَرْجِعُ إِلَى خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ؛ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ^(٢).

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلَا شَيْءَ فِي إِنْجَاحِ الْمُضْغَةِ وَالْعَلَقَةِ قَبْلَ التَّخْطِيطِ عَلَى الْأَصَحِّ» الْجُمْهُورُ سَكَتُوا عَنِ الْخِلَافِ فِي الْعَلَقَةِ، وَخَصَّصُوهُ بِالْمُضْغَةِ. [ت]

(٢) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «لَأَنَّ عِنْدَ الْعَقْدِ نَرْجِعُ إِلَى خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ» قِيلَ: هَذَا هُوَ الْقَدِيمُ، وَالْجَدِيدُ مَا يُقَابَلُهُ. [ت]

وفي القديم نَزَجُ إِلَى قِيَمَةِ الْغُرَّةِ مَنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ، ثُمَّ تُصَرَّفُ الْغُرَّةُ إِلَى وَارِثِ الْجَنِينِ، وَهُوَ الْأُمُّ وَالْعَصَبَةُ، وَتَلَزَمُ عَاقِلَةُ الْجَانِي؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ قَتْلُ الْجَنِينِ عَمْدًا؛ إِذْ لَا تَتَيَقَّنُ حَيَاتُهُ بِحَالٍ، وَأَزْشُ أَلَمِ الْأُمِّ يَنْدَرُجُ تَحْتَ الْغُرَّةِ، إِنْ لَمْ يَتَّقْ شَيْئًا، فَإِنْ بَقِيَ، وَجَبَ حُكُومَةُ الشَّيْنِ.

(بَابُ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ)

كُلُّ حَيٍّ مُلْتَزِمٍ، إِذَا قَتَلَ قَتْلًا غَيْرَ مُبَاحٍ، آدَمِيًّا مَعْصُومًا، فَعَلَيْهِ تَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤَمِّنَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصَيَّامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ، فَلَا إِطْعَامَ؛ عَلَى الْمَذْهَبِ، نَعَمْ، لَوْ مَاتَ، فَفِي كُلِّ يَوْمٍ مَدٌّ؛ كَمَا فِي رَمَضَانَ، فَيَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِالْخَطَا وَحَفْرِ الْبُيْرِ، وَعَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَجِبُ فِي قَتْلِ الصَّائِلِ، وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَالرَّجْمُ، وَلَا عَلَى حَزْبِيٍّ، وَفِي وَجُوبِهِ عَلَى مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ أَوْ حَفَرَ بَيْتًا، فَتَرَدَّى فِيهِ غَيْرُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَجِهَانٍ؛ إِذْ يَبْعُدُ إِنْشَاءُ عِبَادَةٍ عَلَى مَيِّتٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَا كَفَّارَةُ فِي قَتْلِ نِسَاءِ أَهْلِ الْحَزْبِ وَذُرَارِيهِمْ، وَيَجِبُ فِي الْمُعَاهِدِ وَالْمَمْلُوكِ، إِذَا قَتَلَهُ السَّيِّدُ؛ لَوْجُودِ الْعِصْمَةِ؛ وَكَذَا فِي الْمُسْلِمِ، وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الْحَزْبِ، فَإِذَا رَمَى إِلَى صَفِّ الْكُفَّارِ، وَلَمْ يَذَرِ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا، فَأَصَابَ، فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ، وَلَا دِيَّةٌ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا، وَلَمْ يَقْصِدْهُ، لَزِمَهُ الدِّيَّةُ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ^(١)؛ كَمَا لَوْ قَصَدَ شَخْصًا بَعِيْنِهِ، وَكَانَ قَدْ أَسْلَمَ قَبْلَ الرَّمْيِ، فَفِي دِيَّتِهِ قَوْلَانِ^(٢)، إِذَا كَانَ فِي صَفِّ الْكُفَّارِ.

وَالشَّرِيكُ فِي الْقَتْلِ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ كَامِلَةٌ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذِ الْعِبَادَةُ لَا تَنْجِزُ.

(١) قال الرافي: «إذا رمى إلى صف الكفار، ولم يدر أن فيهم مسلماً فأصاب فعليه الكفارة، ولا دية وإن علم أن فيهم مسلماً ولم يقصده لزمته الدية، وقيل: قولان» الأحسن والأولى ما ذكره في «التهذيب»، وهو أنه إذا رمى إلى صف الكفار، ولم يعين شخصاً أو عين كافراً، فأخطأ وأصاب مسلماً، فلا قصاص ولا دية وإن عين شخصاً فإذا هو مسلم فلا قصاص. [ت]

(٢) قال الرافي: «وفي الدية قولان» ويشبه أن يكون هذان القولان هما القولان المذكوران فيما إذا قتل من ظنّه كافراً لكونه على زي أهل الشرك، والأظهر فيهما أنه لا تجب الدية، وسوى على هذه الطريقة بين أن يبرف أن فيهم مسلماً أو لا يعرف. [ت]

كِتَابُ دَعْوَى الدَّمِ

وَالنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

(الْأَوَّلُ: الدَّعْوَى)، وَلَهَا خَمْسَةُ شُرُوطٍ:

(الْأَوَّلُ) أَنْ يَتَعَلَّقَ بِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ بِأَشْخَاصٍ مُعَيَّنِينَ.

فَلَوْ قَالَ: قَتَلَ أَبِي وَاحِدٌ مِنْ هَؤُلَاءِ الْعَشْرَةِ، وَلَا أَعْرِفُ عَيْنَهُ، وَأُرِيدُ يَمِينَ كُلِّ وَاحِدٍ فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يُجَابُ إِلَيْهِ^(١)؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالْمَنْعِ، وَهَؤُلَاءِ لَا يَتَضَرَّرُونَ بِالْيَمِينِ؛ وَكَذَا فِي دَعْوَى الْعُصْبِ وَالسَّرِقَةِ؛ بِخِلَافِ الْقَبْضِ وَالبَيْعِ فِي الْمُعَامَلَاتِ؛ فَإِنَّهُ بِالنَّشْيَانِ مُقْصَرٌ.

وَقِيلَ: يُسْمَعُ فِي الْمُعَامَلَاتِ.

وَقِيلَ: لَا يُسْمَعُ إِلَّا فِي الدَّمِ.

(الثَّانِي): أَنْ تَكُونَ مُفْصَلَةً فِي كَوْنِهِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً أَوْ مُشْتَرَكَةً، فَإِنْ أَجْمَلَ، اسْتَفْصَلَ الْقَاضِي.

وَقِيلَ: يُعْرَضُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا اسْتِفْصَالَ تَلْقِيْنٍ، وَلَوْ قَالَ: قُتِلَ أَبِي خَطَأً مَعَ جَمَاعَةٍ، وَلَمْ يَخْصُرْهُمْ، لَمْ يُسْمَعْ؛ إِذْ حِصَّتُهُ مِنَ الدِّيَةِ لَا تَتَبَيَّنُ، وَلَوْ أَدْعَى الْعَمْدَ، وَقُلْنَا: مُوجِبُهُ الْقَوْدُ الْمَخْصُصُ، سَمِعَ، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدٌ لَا بَعِيْنَهُ، فَوَجْهَانِ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعِي مُكَلَّفًا مُلْتَزِمًا، وَلَا يَضُرُّهُ كَوْنُهُ جَنِينًا حَالَةَ الْقَتْلِ؛ إِذْ يُعْرَفُ ذَلِكَ

بِالتَّسَامُعِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ مُكَلَّفًا، فَإِنْ كَانَ سَفِيْهًا، صَحَّ فِيمَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ السَّفِيْهِ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ، صَحَّ؛ لِأَجْلِ إِنْكَارِهِ؛ حَتَّى تُسْمَعَ الْبَيِّنَةُ، وَيُعْرَضَ الْيَمِينُ عَلَيْهِ؛ عَلَى الصَّحِيْحِ (و)، إِذْ يَنْقُطُ الْخُصُومَةُ بِحَلْفِهِ.

(الخَامِسُ): أَلَّا يَتَنَاقَضَ دَعْوَاهُ، فَإِنْ أَدْعَى عَلَى شَخْصٍ؛ أَنَّهُ مُنْفَرِدٌ بِالْقَتْلِ، ثُمَّ أَدْعَى عَلَى غَيْرِهِ الشَّرَكَةَ، لَمْ يُسْمَعْ الدَّعْوَى الثَّانِيَّةُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَى تُكَذِّبُهُ، فَلَوْ صَدَّقَهُ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ ثَانِيًا، كَانَ لَهُ الْمُؤَاخَذَةُ؛ عَلَى الصَّحِيْحِ (و)، لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَغْدُوهُمَا، وَلَوْ اسْتَفْصَلَ فِي الْعَمْدِ، فَقَضَاهُ بِمَا لَيْسَ بِعَمْدٍ، لَمْ تُبْطَلْ دَعْوَاهُ أَضْلَ الْقَتْلِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: ظَلَمْتُهُ بِأَخْذِ الْمَالِ، وَفُسِّرَ بِأَنَّهُ كَذَبَ فِي الدَّعْوَى، اسْتُرِدَّ، وَلَوْ فُسِّرَ بِأَنَّهُ حَتَفِي لَا يَرَى الْقِسَامَةَ، وَقَدْ أَخَذَ بِهَا، لَمْ يَسْتُرِدَّ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ

(١) قال الرافعي: «فلو قال قتل أبي واحد من هؤلاء العشرة، ولا أعرف عينه، وأريد عين كل واحد، فالصحيح أنه يجاب إليه» الأصح عند صاحب التهذيب وجماعة خلافه وسكت في الوسيط عن الترجيح وإن لم يقبل إقراره صح لأجل إنكاره حتى تسمع البينة، ويعرض اليمين عليه على الصحيح، إذ تنقطع الخصومة بحلفه الأشبه باختيار كلام الأصحاب أنها لا تعرض عليه. [ت]

إِلَى رَأْيِ الْحَاكِمِ، لَا إِلَى الْخَصْمَيْنِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْقَسَامَةِ)، وَفِيهَا أَرْبَعَةُ أَرْكَانٍ:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: فِي مَظْتَبِهَا)، وَهِيَ قَتْلُ الْحُرِّ فِي مَحَلِّ اللَّوْثِ، فَلَا قَسَامَةَ فِي أَلْمَالِ وَالْأَطْرَافِ، وَفِي الْعَبْدِ قَوْلَانِ، وَاللَّوْثُ قَرِيبُهُ حَالِ تَغْلِبِ الظَّنِّ؛ كَقَتْلِهِ فِي مَحَلَّةٍ بَيْنَهُمْ عَدَاوَةً، أَوْ قَتْلِهِ دَخَلَ صَفًّا، وَتَفَرَّقَ عَنْهُ جَمَاعَةٌ مَخْضُورُونَ، أَوْ قَتْلِهِ فِي صَفِّ الْخَصْمِ الْمُقَاتِلِ، أَوْ قَتْلِهِ فِي الصَّخَرَاءِ، وَعَلَى رَأْسِهِ رَجُلٌ مَعَهُ سَكِينٌ، وَقَوْلُ الْمَجْرُوحِ: قَتَلَنِي فَلَانٌ لَيْسَ بِلَوْثٍ، وَقَوْلُ وَاحِدٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَوْثٌ، وَقَوْلُ جَمْعٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ رَوَايَتُهُمْ لَوْثٌ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ قَوْلَ وَاحِدٍ لَوْثٌ، وَأَمَّا عَدَدٌ مِنَ الصَّبِيَّةِ وَالْفَسَقَةِ فِيهِمْ خِلَافٌ.

(وَأَمَّا) مُسْقِطَاتُ اللَّوْثِ، فَخَمْسَةٌ:

(الْأَوَّلُ): أَنَّ يَتَعَدَّرَ إِظْهَارُهُ عِنْدَ الْقَاضِي، فَلَوْ ظَهَرَ عِنْدَ الْقَاضِي عَلَى جَمْعٍ، فَلِلْمُدَّعِي أَنْ يُعَيِّنَ، فَلَوْ قَالَ: الْقَاتِلُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، فَحَلَفُوا إِلَّا الْوَاحِدَ، فَلَهُ الْقَسَامَةُ عَلَى ذَلِكَ الْوَاحِدِ؛ لِأَنَّهُ نَكْوَلُهُ لَوْثٌ، فَلَوْ نَكَلُوا جَمِيعًا، فَقَالَ: ظَهَرَ لِي الْآنَ لَوْثٌ مُعَيَّنٌ، وَقَدْ سَبَقَ مِنْهُ دَعْوَى الْجَهْلِ، فَفِي تَمْكِينِهِ مِنَ الْقَسَامَةِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِي): إِذَا ظَهَرَ اللَّوْثُ فِي أَصْلِ الْقَتْلِ، دُونَ كَوْنِهِ خَطَأً أَوْ عَمْدًا، يُنْتَعَمُ مِنَ الْقَسَامَةِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ إِذْ لَيْسَ يَتَعَيَّنُ لِلْخِطَابِ الْعَاقِلَةُ وَلَا الْجَانِي.

(الثَّالِثُ): أَنَّ يَدَّعِيَ الْجَانِي كَوْنَهُ غَائِبًا، فَإِذَا حَلَفَ، سَقَطَ بَيَمِينِهِ أَثَرُ اللَّوْثِ، فَإِنْ أَقَامَ عَلَى الْغَيْبَةِ بَيِّنَةٌ بَعْدَ الْحُكْمِ بِالْقَسَامَةِ، تُفْضَ الْحُكْمُ، وَلَوْ كَانَ وَقْتُ الْقَتْلِ مَحْبُوسًا أَوْ مَرِيضًا، وَلَمْ يُمْكِنْ كَوْنُهُ قَاتِلًا، إِلَّا عَلَى بُعْدٍ، فَفِي سَقُوطِ اللَّوْثِ بِهِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): لَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ؛ بِأَنَّ فُلَانًا قَتَلَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْقَتِيلَيْنِ، لَمْ يَكُنْ لَوْثًا، وَلَوْ قَالَ: قَتَلَ هَذَا الْقَتِيلَ أَحَدَ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ، فَهُوَ لَوْثٌ؛ لِأَنَّهُ تَغَيَّنَ الْقَاتِلُ يَغْسُرُ. وَقِيلَ: لَا لَوْثَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ.

(الْخَامِسُ): تَكْذِيبُ أَحَدِ الْوَرَثَةِ، هَلْ يُعَارِضُ اللَّوْثُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

فَإِنْ قُلْنَا: يُبْطَلُ، فَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَ أَبَانَا زَيْدٌ وَرَجُلٌ آخَرُ، لَا أَعْرِفُهُ، وَقَالَ الْآخَرُ: قَتَلَهُ عَمْرُو وَرَجُلٌ آخَرُ لَا أَعْرِفُهُ، فَلَا يَتَكَادَبُ، فَلَعَلَّ مَا جَهِلَهُ هَذَا عِلْمَهُ ذَلِكَ، ثُمَّ مُعَيَّنَ زَيْدٌ مُعْتَرِفٌ بِأَنَّهُ عَلَيْهِ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَحِصَّتُهُ مِنْهَا الرُّبْعُ، فَلَا يُطَالَبُ إِلَّا بِالرُّبْعِ، وَكَذَا مُدَّعِي عَمْرُو، وَلَيْسَ مِنْ مُبْطَلَاتِ اللَّوْثِ إِلَّا يَكُونَ عَلَى الْقَتِيلِ أَثَرُ جُرْحٍ وَتَخْنِيقٍ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: كَيْفِيَّةُ الْقَسَامَةِ)، وَهُوَ أَنَّ يَخْلِفَ الْمُدَّعِي خَمْسِينَ يَمِينًا مُتَوَالِيَةً فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ بَعْدَ التَّحْذِيرِ وَالتَّغْلِيطِ، فَلَوْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: تَجِبُ الْمُوَالَاةُ، فَإِنْ جُرَّ، ثُمَّ أَفَاقَ يُبْنَى لِلْعُدْرِ، وَلَوْ عَزَلَ الْقَاضِي، اسْتَأْنَفَ (و)، وَلَوْ مَاتَ فِي أَثْنَائِهِ، اسْتَأْنَفَ الْوَارِثُ، وَلَا قَسَامَةَ

فِي غَيْبَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهَا ضَعِيفَةٌ؛ بِخِلَافِ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ جَمَاعَةً، فَبِئْسَ تَوَازُيعُ الْخَمْسِينَ عَلَيْهِمْ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يُورَّعُ، يَخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ سَهْمِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ، فَالْمُنُّ وَالسُّدُسُ يَنْكَسِرُ، فَيَتَمُّ الْيَمِينُ الْمُتَكْسِرَةُ، فَإِنْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ، أَوْ كَانُوا غِيَابًا، فَلَا يَأْخُذُ الْحَاضِرُ حِصَّتَهُ، مَا لَمْ يُتَمَّ خَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً، حَلَفَ الْأَوَّلُ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَأَخَذَ الثَّلَاثَ، وَإِذَا قُدِّمَ الثَّانِي، حَلَفَ ثَلَاثَ الْإِيمَانِ، وَأَخَذَ الثَّلَاثَ، وَإِذَا قُدِّمَ الثَّلَاثُ، حَلَفَ نِصْفَ الْإِيمَانِ، وَلَوْ خَلَفَ وَلَدًا خُنْثَى وَأَخًا لَأَبٍ، حَلَفَ الْخُنْثَى خَمْسِينَ؛ لِاخْتِمَالِ أَنَّهُ مُسْتَعْرِقٌ، وَأَخَذَ نِصْفَ الدِّيَةِ؛ لِاخْتِمَالِ أَنَّهُ أُنْثَى، فَإِنْ أَرَادَ الْأَخُ أَنْ يَخْلِفَ، حَلَفَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ يَمِينًا، وَفَائِدَتُهُ أَنْ يَتَنَزَعَ النِّصْفَ مِنَ يَدِ الْجَانِي، وَيُوقِفَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْخُنْثَى، فَإِذَا ظَهَرَ الْحَالُ، سُلِّمَ بِحُكْمِ الْيَمِينِ السَّابِقَةِ، هَذَا كُلُّهُ فِي يَمِينِ الْمُدَّعَى، أَمْ سَائِرُ الْإِيمَانِ فِي الدَّمِّ؛ كَيَمِينِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، فَبِئْسَ تَعَدُّهُ خَمْسِينَ قَوْلَانِ، وَيَجْرِيَانِ فِي الْأَطْرَافِ، مَعَ أَنَّ الْقَسَامَةَ لَا تَجْرِي فِيهَا^(١).

فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَدَّدُ فِي الطَّرَفِ، فَلَوْ نَقَصَ، فَبِئْسَ التَّوْزِيعُ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَدَّعَى عَلَى اثْنَيْنِ؛ أَتَاهُمَا قِتْلًا، فَبِئْسَ التَّوْزِيعُ عَلَيْهِمَا قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي الْوَارِثَيْنِ، وَلَوْ كَانَ مَعَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، وَقُلْنَا: يَتَّحِدُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ، فَإِنْ شَهِدَ عَلَى اللُّوثِ، حَلَفَ مَعَهُ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَإِنْ شَهِدَ عَلَى الْقَتْلِ، حَلَفَ مَعَهُ وَاحِدَةً.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: فِي حُكْمِ الْقَسَامَةِ)، وَلَا يَتَّاطُ بِهَا الْقِصَاصُ؛ عَلَى الْجَدِيدِ، بَلِ الدِّيَةُ مِنَ الْجَانِي، إِنْ حَلَفَ عَلَى الْعَمْدِ، وَمِنْ الْعَاقِلَةِ، إِنْ حَلَفَ عَلَى الْخَطِإِ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْقَسَامَةِ، وَنَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ، فَبِئْسَ تَمَكِّيْنُهُ مِنَ الْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ قَوْلَانِ، وَكَذَا إِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَعَادَ إِلَى الْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِيمَنْ يَخْلِفُ)، وَهُوَ كُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ الدِّيَةَ، فَالْمُكَاتِبُ يُقْسِمُ عَلَى عَيْدِهِ، فَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْحَلْفِ وَالنُّكُولِ، حَلَفَ السَّيِّدُ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ النُّكُولِ، لَمْ يَخْلِفْ؛ كَمَا لَا يَخْلِفُ الْوَارِثُ بَعْدَ نُكُولِ الْمُوَرِّثِ، فَلَوْ قَتَلَ عَبْدَهُ، فَأَوْصَى بِقِيَمَتِهِ لِمُسْتَوْلَدَتِهِ، وَمَاتَ، فَلِلْمُورَثَةِ أَنْ يُقْسِمُوا، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ لِلْمُسْتَوْلَدَةِ؛ لِأَنَّ لَهُمْ حَقًّا فِي تَنْفِيزِ الْوَصِيَّةِ، فَإِنْ نَكَلُوا، فَلِلْمُسْتَوْلَدَةِ الْقَسَامَةُ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَكَذَا الْقَوْلَانِ فِي قَسَامَةِ الْغُرَمَاءِ، إِذَا نَكَلَ الْوَارِثُ، فَإِنْ لَمْ يُقْسِمُوا، فَلَهُمْ يَمِينُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

فَإِذَا قَطَعَ يَدَ الْعَبْدِ، وَعَقَرَ، وَمَاتَ، وَكَانَتِ الدِّيَةُ مِثْلَ أَرْضِ الْبَيْدِ، وَقُلْنَا لَا قَسَامَةَ فِي الْعَبْدِ، فَيُقْسَمُ هُنَا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ دِيَّةً حُرًّا بِالنَّظَرِ إِلَى الْآخِرِ.

وَلَوْ أَرْتَدَّ الْوَلِيُّ، ثُمَّ أَقْسَمَ، صَحَّ، إِلَّا إِذَا قُلْنَا: لَا مِلْكَ لَهُ^(٢)، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَقُتِلَ،

(١) قال الرافعي: «ويجريان في الأطراف مع أن القسامة لا تجري فيها» يريد القولين، ويقال: الخلاف في الأطراف وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو ارتد الولي ثم أقسم صح إلا إذا قلنا: لا ملك له... إلى آخره» هذا طريق للأصحاب=

صُرِفَتِ الدِّيَّةُ إِلَى الْفَيءِ بِمِيزَانِهِ، فَإِنْ بَانَ^(١) أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحِقًّا؛ لَأَنَّهُ مِنَ الْاِسْتِحْقَاقِ تَسَبُّبٌ، وَقَسَامَةٌ أَهْلِ الْفَيءِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ؛ هَذَا النَّصُّ، وَقِيلَ بِخِلَافِهِ.

وَمَهْمَا قُتِلَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، فَلَا قَسَامَةٌ؛ إِذْ تَخْلِيفُ بَيْتِ الْمَالِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ.

(النَّظَرُ الثَّالِثُ: فِي إِثْبَاتِ الدَّمِّ بِالشَّهَادَةِ)، وَلَا يَثْبُتُ الْقَتْلُ الْمُوجِبُ لِلْقِصَاصِ بِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ، وَيَثْبُتُ مُوجِبُ الدِّيَّةِ، وَلَوْ رَجَعَ بِالْعَفْوِ إِلَى الْمَالِ، فَفِي ثُبُوتِهِ بَعْدَ الْعَفْوِ وَجْهَانِ، وَلَوْ شَهِدَتْ عَلَى هَاشِمَةَ مَسْبُوقَةً بِإِيضَاحٍ، لَمْ يَثْبُتِ الْهَشْمُ فِي حَقِّ الْأَرْضِ؛ كَمَا لَا يَثْبُتُ الْإِيضَاحُ، وَلَوْ شَهِدَتْ عَلَى أَنَّهُ رَمَى إِلَى زَيْدٍ، فَمَرَقَ، فَأَصَابَ غَيْرُهُ خَطَأً، ثَبَّتَ الْخَطَأَ، فَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالْقَتْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وقيل: الْإِيضَاحُ سَبَبُ الْهَشْمِ، وَهُمَا كَشَيْءٍ وَاحِدٍ؛ بِخِلَافِ قَتْلِ الشَّخْصَيْنِ، وَلَوْ شَهِدُوا؛ أَنَّهُ مَا جَرَحَ، وَأَنْهَرَ الدَّمَّ، لَمْ يَكْفِ مَا لَمْ يَشْهَدْ عَلَى الْقَتْلِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْضَحَ رَأْسَهُ، لَمْ يَكْفِهِ، مَا لَمْ يَتَعَرَّضَ لِلْجِرَاحَةِ وَوُضُوحِ الْعَظْمِ، فَإِنْ عَجَزُوا عَنْ تَعْيِينِ مَحَلِّ الْمَوْضِحَةِ، سَقَطَ الْقِصَاصُ، وَثَبَّتَ الْأَرْضُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ شَهِدَ عَلَى أَنَّهُ قَتَلَ بِالسَّحْرِ، لَمْ يُقْبَلْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُشَاهَدُ، وَلَوْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ أَمْرَضَهُ بِالسَّحْرِ، وَلَكِنْ مَاتَ بِسَبَبِ آخَرَ، فَهَذَا لَوْثٌ^(٢)؛ نَصٌّ عَلَيْهِ.

وقيل: إِنَّهُ لَا لَوْثَ؛ فَإِنَّ اللَّوْثَ فِي تَعْيِينِ الْقَاتِلِ، لَا فِي نَفْسِ الْقَتْلِ.

وَمِنْ الشُّرُوطِ أَلَّا تَتَضَمَّنَ الشَّهَادَةُ نَفْعًا وَلَا دَفْعًا، فَلَوْ شَهِدَ عَلَى جَزْحِ الْمُورِثِ، لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ شَهِدَ بَدْنِ أَوْ عَيْنِ لِمُورِثِهِ الْمَرِيضِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى جَزْحِ، وَهُمَا مَخْجُوبَانِ، ثُمَّ مَاتَ الْحَاجِبُ أَوْ بِالْعَكْسِ، فَالنَّظَرُ إِلَى حَالَةِ الشَّهَادَةِ لِلتَّهْمَةِ.

وقيل: قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي الْإِفْرَاقِ لِلْوَارِثِ، وَلَوْ شَهِدَتِ الْعَاقِلَةُ عَلَى فِسْقِ بَيْتَةِ الْخَطَا، لَمْ يُقْبَلْ؛ لِأَنَّهَا دَافِعَةٌ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مِنْ فُقَرَاءِ الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانُوا مِنَ الْأَبَاعِدِ، قَبْلَ؛ لِأَنَّ تَوَقُّعَ مَوْتِ الْقَرِيبِ بَعِيدٌ؛ بِخِلَافِ تَوَقُّعِ الْغَنِيِّ.

وقيل فِي الْبَعِيدِ وَالْقَرِيبِ قَوْلَانِ بِالْقَتْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلَيْنِ بِالْقَتْلِ، فَشَهِدَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِمَا؛ بِأَنَّهُمَا قَتَلَا هَذَا الْقَتِيلَ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا دَافِعَانِ وَمُبَادِرَانِ قَبْلَ الْاِسْتِشْهَادِ، وَشَهَادَةُ الْحُسْبَةِ لَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الْأَدَمِيِّينَ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ صَدَّقَهُمَا الْمُدَّعِي، بَطَلَ حَقُّهُ؛ لِتَنَاقُضِ دَعْوَاهُ، وَلَوْ شَهِدَا، عَلَى أَجْنَبِيٍّ بِالْقَتْلِ، فَهُمَا دَافِعَتَانِ وَمُبَادِرَتَانِ، وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ عَلَى

= وهو بناء صحة القسامة في الردة على أقوال الملك، والأظهر عند الأكثرين إطلاق القول بالصحة، وتنزيل الدية منزلة ما يكتسبه بالردة والاصطياد ونحوه. [ت]

(١) هكذا بالأصول المعتمد عليها، ولعلها «وإن بان»

(٢) قال الرافعي: «ولو أقر بأنه أمرضه بالسحر ولكن مات بسبب آخر، فهذا لوث... إلى آخره» الذي أجاب به الأكثرون مقتصرين عليه أنه إن نفى ضمناً متألماً إلى أن مات، فيحلف الولي ويأخذ الدية. [ت]

الشَّاهِدَيْنِ بِالْقَتْلِ، فَهُمَا مُبَادِرَانِ، وَلَيْسَا دَافِعَيْنِ؛ فَيُخَرَّجُ عَلَى شَهَادَةِ الْحُسْبَةِ، وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ
بِعَفْوِ بَعْضِهِمْ، سَقَطَ الْقِصَاصُ بِإِقْرَارِهِ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا لَا بِشَهَادَتِهِ، وَلَوْ اُخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّاهِدَيْنِ فِي
زَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ أَوْ آلَةٍ فَهُمَا مُتَكَادِبَانِ، ثُمَّ لَا يَبْنَى بِهِ لَوْثٌ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى
الْإِقْرَارِ بِالْقَتْلِ الْمُطْلَقِ، وَالْآخَرُ عَلَى الْإِقْرَارِ بِالْقَتْلِ الْعَمْدِ، ثَبَتَ أَصْلُ الْقَتْلِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ فِي نَفْيِ الْعَمْدِيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوْثٌ، وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ عَمْدًا، وَقَالَ الْآخَرُ: خَطَأً، فَفِي
ثُبُوتِ أَصْلِ الْقَتْلِ وَجْهَانِ.

(كِتَابُ الْجَنَائَاتِ^(١) الْمُوجِبَةِ لِلْعُقُوبَاتِ)

وَهِيَ سَنَعُ: الْبَغْيُ، وَالرَّذَّةُ، وَالزَّنَا، وَالْقَذْفُ، وَالشُّرْبُ، وَالسَّرِقَةُ، وَقَطْعُ الطَّرِيقِ:

(الْجَنَائَةُ الْأُولَى: الْبَغْيُ)، وَالنَّظَرُ فِي صِفَاتِهِمْ، وَأَحْكَامِهِمْ:

(أَمَّا الصَّفَةُ)، فَكُلُّ فِرْقَةٍ خَالَفَتِ الْإِمَامَ بِتَأْوِيلٍ، وَلَهَا شَوْكَةٌ يُمَكِّنُهَا مُقَاوَمَةُ الْإِمَامِ، فَهِيَ بَاغِيَّةٌ، وَأَمَّا الْمُزَنَّدُ وَمَانِعُو الزَّكَاةِ وَسَائِرِ حُقُوقِ الشَّرْعِ، فَلَا تَأْوِيلَ لَهُمْ، وَكُلُّ تَأْوِيلٍ يُعْلَمُ بَطْلَانُهُ بِالظَّنِّ، فَهُوَ مُعْتَبَرٌ، وَإِنْ كَانَ بَطْلَانُهُ قَطْعِيًّا، وَلَكِنَّهُمْ غَلَطُوا فِيهِ، فَوَجْهَانِ، وَهَذَا تَرَدَّدٌ فِي أَنَّ مُعَاوِيَةَ^(٢) رَضِيَ اللَّهُ

(١) الجناية لغة: يقال: جَنَى عَلَى قَوْمِهِ جِنَايَةً: أَذْنَبَ ذَنْبًا يُؤَاخَذُ بِهِ، وقد استعملها الفقهاء في الجرح والقطع.

وهي عندهم يراد بها القصاص في النفوس والأطراف.

ينظر المصباح المنير ١٥٤/١، مختار الصحاح (١١٤).

واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: اسم لفعل محرم حلّ بالنفس، أو الأطراف.

عرفها الشافعية بأنها: كل فعل مُزَهَّقٌ للروح، أو مُبِينٌ للعضو.

عرفها المالكية بأنها: إتلاف مكلف غير حَرْبِيٍّ نفس إنسان معصوم، أو عضوه، أو معنى قائماً، به

أو جنبه، عمداً أو خطأ بتحقيق، أو تهمة...

وقيل هي فعل الجاني الموجب للقصاص.

عرفها الحنابلة بأنها: كل فعل عدوان على الأبدان، بما يوجب قصاصاً ونحوه.

انظر: رد المحتار ٣٣٩/٥، شرح الخرشي ٣/٨، المبدع ٢٤٠/٨، كشاف القناع ٥٠٣/٥ مجمع

الأنهر ٦١٤/٢ مواهب الجليل ٢٧٦/٦ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٤٢/٤.

(٢) قال الرافعي: «معاوية» هو ابن أبي سفيان بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف أبو عبد الرحمن

الأموي القرشي كاتب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سمع النبي - صلى الله عليه وسلم - وروى عنه

ابن عباس، وأبو سعيد الخدري، وأسامة بن زيد، وحמיד بن عبد الرحمن بن عوف وغيرهم ولي الخلافة

حين سلّم الحسين بن علي - رضي الله عنهما - الأمر إليه سنة إحدى وأربعين، توفي سنة ستين لثمان بقين

من رجب. [ت]

تنظر ترجمته في طبقات ابن سعد ٣/٣٢، ٧/٤٠٦، نسب فريش ١٢٤، طبقات خليفة ت (٥١)،

٩٦٩، ٢٨٠٩، التاريخ الكبير ٧/٣٢٦، المعرفة والتاريخ ١/٣٠٥، أنساب الأشراف ٤/٥، ١٣٦،

الجرح والتعديل ٨/٣٧٧، تاريخ الطبري ٥/٣٢٣، مروج الذهب ٣/١٨٨، ٢٢٠، جمهرة أنساب العرب

١١٢، ١١٣، تاريخ بغداد ١/٢٠٧، الجمع بين رجال الصحيحين ٢/٤٨٩، طبقات فقهاء اليمن ٤٧،

جامع الأصول ٩/١٠٧، تهذيب الأسماء واللغات ١/١٠٢، تهذيب الكمال ١٣٤٣، تاريخ الإسلام

٢/٣١٨، ٢/٣١٨، مرآة الجنان ١/١٣١، البداية والنهاية ٨/٢٠، ١١٧ العقد الثمين ٧/٢٢٧، غاية النهاية: ت

٣٦٢٥، تهذيب التهذيب ١٠/٢٠٧، تاريخ الخلفاء ١٩٤، خلاصة تهذيب تهذيب الكمال ٣٢٦، شذرات

الذهب ١/٦٥.

تَعَالَى عَنْهُ كَانَ مُبْطِلًا ظَنًّا أَوْ قَطْعًا، وَأَمَّا الْخَوَارِجُ إِنْ لَمْ نُكْفِرْهُمْ، لَمْ نَلْتَفِتْ إِلَى تَأْوِيلِهِمْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لظُهُورِ فُسَادِهِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ وَاحِدٌ مُطَاعٌ؛ إِذْ بِهِ الشُّوْكَةُ، وَهَلْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِصِفَاتِ الْأَيِّمَةِ فِيهِ وَجْهَانِ.

(أَمَّا أَحْكَامُ الْبُعَاةِ)، فَشَهَادَتُهُمْ مَقْبُولَةٌ؛ لِجَهْلِهِمْ بِسَبَبِ التَّأْوِيلِ، وَقَضَاؤُهُمْ نَافِذٌ، وَيَجِبُ (و) عَلَى قَاضِيَنَا إِمْضَاؤُهُ، وَمَا أَخَذُوهُ مِنَ الْحُقُوقِ يَقَعُ مَوْقِعُهُ، فَإِنْ صَرَفُوا سَهْمَ الْمُزْتَرِّقَةِ إِلَى جُنْدِهِمْ، فَفِي وَفْوَعِهِ الْمَوْقِعِ وَجْهَانِ، وَإِنْ سَمِعَ قَاضِيهِمُ الْبَيِّنَةَ، وَالتَّمَسَّ مِنَّا الْحُكْمَ، حَكَمْنَا؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ؛ نَظَرًا لِلرَّعَايَا؛ هَذَا إِنْ كَانَ لَهُمْ شُوكَةٌ وَتَأْوِيلٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُوكَةٌ، فَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُمْ، وَإِنْ وَجَدَتِ الشُّوكَةُ دُونَ التَّأْوِيلِ، لَمْ يَنْفُذْ قَضَاؤُهُمْ؛ عَلَى الظَّاهِرِ أَمَّا غَرْمُ الْمَالِ، فَمَا أُتْلِفَ فِي غَيْرِ الْقِتَالِ مَضْمُونٌ عَلَى الْفَرِيقَيْنِ، وَمَا أُتْلِفَ فِي الْقِتَالِ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْعَادِلِ، وَفِي الْبَاغِي قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ، فَفِي الْكُفَّارَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ، فَفِي الْقِصَاصِ وَجْهَانِ، هَذَا عِنْدَ وُجُودِ الشُّوكَةِ، فَإِنْ كَانَ تَأْوِيلٌ بِلَا شُوكَةٍ، وَجَبَ الضَّمَانُ؛ قَتْلَ ابْنِ مُلْجَمٍ^(١) عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ^(٢) مُتَأَوَّلًا، فَأَوَيْدَ بِهِ، وَإِنْ وَجَدَتِ الشُّوكَةُ دُونَ التَّأْوِيلِ، فَطَرِيقَانِ.

قِيلَ: يَجِبُ الضَّمَانُ.

وَقِيلَ: يَطْرُدُ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّ إِسْقَاطَ الضَّمَانِ لِلتَّرْغِيبِ فِي الطَّاعَةِ؛ كَأَهْلِ الْحَرْبِ، وَالْقَوْلَانِ جَارِيَانِ فِي الْمُزْتَرِّدَيْنِ، إِذَا أُتْلِفُوا فِي الْقِتَالِ.

(فَأَمَّا كَيْفِيَّةُ قِتَالِهِمْ)، فَلَا نَقَاتِلُهُمْ، بَلْ نُقَدِّمُ التَّذِيرَ أَوَّلًا، وَلَا نَتَّبِعُ الْمُذْبِرَ آخِرًا، فَلَوْ بَطَلَتْ شُوكَتُهُمْ فِي الْحَالِ، وَلَكِنْ لَمْ تُؤْمَنْ غَائِلَةُ أَجْتِمَاعِهِمْ فِي الْمَالِ، فَفِي جَوَازِ اتِّبَاعِهِمْ بِالْقِتْلِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا أَسِيرُهُمْ، فَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بَعْدَ الْأَمْنِ مِنْهُمْ، وَإِنْ أَمِنَ فِي الْحَالِ، وَتَوَقَّعَ فِي ثَانِي الْحَالِ، فَفِي الْإِطْلَاقِ وَجْهَانِ، وَفِي أَسْرِ نِسَائِهِمْ وَذَرَائِعِهِمْ، لِكَسْرِ قُلُوبِهِمْ تَرَدُّدًا، فَأَمَّا أَسْلِحَتُهُمْ وَخِيُولُهُمْ، فَلَا

(١) ملجم هو عبد الرحمن بن ملجم المرادي كان من الخوارج المارقين، ويذكر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - شهد عليه بالشقاوة. [ت]

(٢) «قتل ابن ملجم عليًا رضي الله عنه» روى الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليًا قال في ابن ملجم بعد ما ضربه أطعموه وأسقوه وأحسنوا إيساره، فَإِنْ عِشْتُ فَنَا وَلِي دَمِي أَعْفُو إِنْ شِئْتُ، وَإِنْ شِئْتُ اسْتَقَدْتُ، وَإِنْ مِتُّ فَقَتَلْتُمُوهُ، فَلَا تَمَثَّلُوا. [ت]

والحديث أخرجه الشافعي (١٠١/٢) كتاب الديات، حديث (٣٣٥) عن إبراهيم بن محمد عن أبيه أن عليًا قال في ابن ملجم بعدما ضربه. فذكره.

قال الحافظ في «التلخيص» (٤٧/٤): ورواه البيهقي من حديث الشعبي أن ابن ملجم لما ضرب عليًا تلك الضربة أوصى فقال: قد ضربني فأحسنوا إليه واليونا فراشه فإن أعش ففعل أو قصاص وإن مت فعاجلوه فإني مخاصمه عند ربي عز وجل.

وقال الحافظ (تنبيه): هذا يرد على من زعم أن الحسن بن علي قتل لكونه من الساعين في الأرض فسادًا لا قصاصًا؛ لقول علي في هذا الأثر عاجلوه.

يَحِلُّ اسْتِغْمَالُهَا فِي الْقِتَالِ، وَتُرَدُّ عَلَيْهِمْ عِنْدَ الْأَمْنِ مِنْهُمْ، وَلَا تُرَدُّ قَبْلَهُ، وَالصَّبِيُّ الْمُرَاهِقُ وَالْعَبْدُ كَالْخَيْلِ، وَالصَّبِيُّ كَالْمَرْأَةِ، وَلَا تُقَاتِلُهُمْ بِالْمَجَانِقِ وَالنَّيْرَانِ، إِلَّا إِذَا خِفْنَا أَنْ نُضْطَلَمَ، وَإِنْ تَحَصَّنُوا بِقَلْعَةٍ، وَكَانَ فِيهِمْ رَعَايَا، لَمْ تُقَاتِلْهُمْ بِالنَّارِ وَالْمَنْجَنِيقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا الْمُقَاتِلَةُ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلَا نَسْتَعِينُ عَلَيْهِمْ بِأَهْلِ الْكُفْرِ، وَلَا بِمَنْ يَرَى قَتْلَ مُذِيرِهِمْ، وَإِنْ اسْتَعَانُوا عَلَيْنَا بِأَهْلِ الْحَزْبِ، لَمْ يَنْفُذْ أَمَانُهُمْ عَلَيْنَا، بَلْ نَقْتُلُ مُذِيرَ أَهْلِ الْحَزْبِ، وَفِي تَقْوِذِ الْأَمَانِ عَلَيْهِمْ وَجْهَانِ؛ لَا يَبْنِيَانِي عَلَى الْفَسَادِ، وَلَوْ قَالَ أَهْلُ الْحَزْبِ: ظَنَّنَا أَنَّهُمْ مُحِقُّونَ، فَلْيُلْحَقْ مُذِيرُهُمْ بِالْمَأْمَنِ؛ لِأَجْلِ ظَنِّهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ اسْتَعَانُوا بِأَهْلِ الذِّمَّةِ، بَطَلَ عَهْدُهُمْ، وَكَانُوا كَأَهْلِ الْحَزْبِ، وَإِنْ كَانُوا مُكْرَهِينَ، كَانُوا كَأَهْلِ الْبَغْيِ، وَإِنْ كَانُوا جَاهِلِينَ بِالْحَقِّ، فَفِي انْتِفَاضِ عَهْدِهِمْ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِضُ، وَجَبَ ضَمَانُ مَا أَتْلَفُوا عَلَيْهِمْ؛ عَلَى الظَّاهِرِ^(١)، إِذْ سَقُوطُهُ عَنِ الْبَاغِي، لِتَرْغِيْبِهِ فِي الطَّاعَةِ.

(الْجَنَابَةُ الثَّانِيَةُ: الرَّدَّةُ)، وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنْ قَطْعِ الْإِسْلَامِ مِنْ مُكَلَّفٍ؛ إِمَّا بِفِعْلٍ؛ كَالسُّجُودِ لِلصَّنَمِ، وَعِبَادَةِ الشَّمْسِ، وَالْقَاءِ الْمُضْحَفِ فِي الْقَادُورَاتِ، وَكُلِّ فِعْلٍ صَرِيحٍ فِي الِاسْتِهْزَاءِ؛ وَإِمَّا بِقَوْلٍ، عِنَادًا، أَوْ اسْتِهْزَاءً، أَوْ اعْتِقَادًا، فَكُلُّ ذَلِكَ رَدَّةٌ مِنَ الْمُكَلَّفِ دُونَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَالسَّكَرَانِ كَالصَّاحِي (ح)؛ فِي قَوْلٍ، وَكَالْمَجْنُونِ فِي قَوْلٍ، فَإِنْ صَحَّحْتَ رَدَّتُهُ، فَإِسْلَامُهُ فِي الشُّكْرِ يَزْفَعُهُ إِلَّا إِذَا فَرَّقْنَا بَيْنَ مَا لَهُ وَمَا عَلَيْهِ؛ فِي طَرِيقٍ، وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَدَّتِهِ، فَقَالَ كَذِبًا، لَمْ يُسْمَعْ، وَلَوْ قَالَ: كُنْتُ مُكْرَهًا، فَإِنْ ظَهَرَ مَخَايِلُ الْإِكْرَاهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ كَالْأَسِيرِ، وَإِلَّا فَلَا يَقْبَلُ، وَلَوْ نَقَلَ الشَّاهِدُ لَفْظَهُ، فَقَالَ: صَدَقَ، لَكِنِّي كُنْتُ مُكْرَهًا، قَبْلَ؛ إِذْ لَيْسَ فِيهِ تَكْذِيبُ الصَّادِقِ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَ بِالرَّدَّةِ، فَإِنَّ الْإِكْرَاهَ يَنْفِي الرَّدَّةَ، دُونَ اللَّفْظِ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَى الرَّدَّةِ مُطْلَقًا، دُونَ التَّفْصِيلِ؛ لِاخْتِلَافِ الْمَذَاهِبِ (ح) فِي التَّكْفِيرِ.

وَلَوْ خَلَفَ رَجُلٌ ابْنَيْنِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: مَاتَ أَبِي كَافِرًا، صُرِفَ نَصِيْبُهُ إِلَى الْفَنَاءِ؛ عَلَى قَوْلٍ. وَعَلَى قَوْلٍ؛ يُصْرَفُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُفْصَلْ كَيْفِيَّةَ الْكُفْرِ، وَالْمَذَاهِبُ تَخْتَلِفُ فِيهِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُسْتَفْسَرُ، وَيُحْكَمُ بِمُوجِبِ تَفْسِيرِهِ، وَإِنْ لَمْ يُفَسَّرْ، يُوقَفُ.

وَالْأَسِيرُ إِذَا أُرْتَدَّ مُكْرَهًا، فَأَقْلَتَ، وَلَمْ يُجَدِّدِ الْإِسْلَامَ؛ حَيْثُ عُرِضَ عَلَيْهِ، دَلَّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُخْتَارًا، فَإِنْ أُرْتَدَّ مُخْتَارًا، فَصَلَّى صَلَاةَ الْمُسْلِمِينَ، قِيلَ: يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ (و) بِخِلَافِ الْكَافِرِ الْأَصْلِيِّ، وَفِيهِ اخْتِمَالٌ، لِعُمُوضِ الْفَرْقِ.

(فَأَمَّا حُكْمُ الرَّدَّةِ) فِي نَفْسِ الْمُرْتَدِّ، وَوَلَدِهِ، وَمَالِهِ.

(فَأَمَّا نَفْسُهُ)، فَتَهْدَرُ إِنْ لَمْ يَتُبْ، فَإِنْ تَابَ، لَمْ يُقْتَلْ إِلَّا إِذَا كَانَ زَنْدِيقًا، فَفِي قَبُولِ تَوْبَتِهِ خِلَافٌ، وَالظَّاهِرُ الْقَبُولُ، ثُمَّ فِي إِمْهَالِ الْمُرْتَدِّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ، فَهُوَ مُسْتَحَبٌّ أَوْ مَمْنُوعٌ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يُمْنَعُ، فَقَالَ: حُلُوا شُبُهَتِي، لَمْ تَنْطَظِرْهُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، بَلْ عَلَيْهِ أَنْ

(١) قال الرافعي: «فإن قلنا: لا ينتقض وجب ضمان ما أتلَّفوا عليهم على الظاهر» من الطريقين، وهما القطع بالوجوب، وطرده القولين. [ت]

يُسْلِمَ أَوَّلًا، ثُمَّ يَسْتَكْشِفَ.

(فَأَمَّا وَلَدُ الْمُزَنَّدِ)، فَإِنْ عَلِقَ قَبْلَ الرَّدَّةِ، فَمُسْلِمٌ، وَبَعْدَ الرَّدَّةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ مُسْلِمٌ؛ لِبَقَاءِ عُلُقَةِ الْإِسْلَامِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ كَافِرٌ أَضْلَى.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ مُزَنَّدٌ.

وَأَمَّا وَلَدُ الْمُعَاهِدِ، إِذَا تَرَكَهُ عِنْدَنَا فَنَقَرَهُ بِجَزِيَّةٍ، أَوْ يُلْحَقُ بِالْمَأْمَنِ، مَهْمَا بَلَغَ.

(وَأَمَّا مِلْكُ الْمُزَنَّدِ)، فَيَزُولُ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَيَبْقَى؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَهُوَ مَوْقُوفٌ؛ عَلَى قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: يَزُولُ، فَيَقْضَى (و) دُبُونُهُ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ فِي مَدَّةِ الرَّدَّةِ، وَمَا يَلْزَمُهُ بِالْإِنْفَاقِ فِي حَالِ الرَّدَّةِ، هَلْ يَقْضَى مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا نَفَقَةُ الْقَرِيبِ فِي دَوَامِ الرَّدَّةِ، وَمَا يَكْتَسِبُهُ فِي حَالِ الرَّدَّةِ بِالْإِخْتِطَابِ، أَوْ الشَّرَاءِ، أَوْ الْإِثْبَابِ، فَجَهَةُ الْفَيْءِ فِي حَقِّهِ؛ كَالسَّيِّدِ فِي حَقِّ الْعَبْدِ فِي وَقُوعِ الْمِلْكِ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْحَجْرِ، وَهَلْ يَخْصُلُ بِمُجَرَّدِ الرَّدَّةِ، أَوْ يَضْرِبُ الْقَاضِي؟ وَجْهَانِ، ثُمَّ حُكْمُهُ حُكْمُ الْفَلَسِ أَوْ التَّبْذِيرِ؟ وَجْهَانِ، وَإِنْ فَرَعْنَا عَلَى الْوَقْفِ، فَكُلُّ تَصَرُّفٍ لَا يَقْبَلُ الْوَقْفَ، فَهُوَ بَاطِلٌ.

(الْجَنَائَةُ الثَّلَاثَةُ: الزَّانَا) وَهُوَ جَرِيْمَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْعُقُوبَةِ، وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْنِ:

(الْأَوَّلُ: فِي الْمَوْجِبِ وَالْمُوجَّبِ)، وَالضَّابِطُ أَنَّ إِيْلَاجَ الْفَرْجِ فِي الْفَرْجِ، الْمُحَرَّمُ قَطْعًا، الْمُشْتَهَى طَبْعًا، إِذَا انْتَفَتْ عَنْهُ الشُّبْهَةُ^(١) - سَبَبٌ لَوْجُوبِ الرَّجْمِ عَلَى الْمُخَصَّنِ، وَلَوْجُوبِ الْجَلْدِ وَالتَّغْرِيبِ عَلَى غَيْرِ الْمُخَصَّنِ.

وَفِي الرَّابِطَةِ قِيُودٌ.

الْأَوَّلُ الْإِخْصَانُ، وَهُوَ التَّكْلِيفُ، وَالْحُرِّيَّةُ، وَالْإِصَابَةُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، أَمَّا بِالشُّبْهَةِ، وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ، لَا يُخَصَّنُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

وَلَا يُشْتَرَطُ وَقُوعُ الْإِصَابَةِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ وَالتَّكْلِيفِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ^(٢).

وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِخْصَانُ فِي الْوَاطِئَيْنِ، بَلْ إِنْ كَانَ الْمُخَصَّنُ أَحَدَهُمَا، رُجِمَ، وَجُلِدَ الْآخَرُ، وَإِنْ

(١) قال الرافعي: «إن إيلاج الفرج في الفرج المحرم قطعاً المشتبه طبعاً إذا انتفت عنه الشبهة» قوله: المحرم قطعاً وقوله: إذا انتفت عنه الشبهة يقض أحدهما عن الآخر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يشترط وقوع الإصابة بعد الحرية والتكليف على الأظهر» الذي رجحه معظم الأصحاب، وهو ظاهر النص أنه يشترط. [ت]

كَانَ أَحَدُهُمَا صَغِيرًا، رُجِمَ الْبَالِغُ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، إِذَا كَانَ الصَّغِيرُ فِي مَحَلِّ الشَّهْوَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ،
فَفِيهِ تَرَدُّدٌ (و)، وَالنَّيِّبُ إِذَا زَنَى يَبْكُرُ، رُجِمَ وَجُلِدَتْ، وَأَنْتِفَاءُ الْإِخْصَانِ يُسْقِطُ الرَّجْمَ^(١)، وَأَنْتِفَاءُ
الْحُرِّيَّةِ يُسْقِطُ شَطْرَ الْجَلْدِ، وَشَطْرُ مُدَّةِ التَّغْرِيبِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ يُغَرِّبُ الْعَبْدَ سَنَةً.

وَفِي قَوْلٍ لَا يُغَرِّبُ أَصْلًا؛ نَظَرًا لِلسَّيِّدِ، ثُمَّ فِي أَصْلِ التَّغْرِيبِ مَسَائِلُ:

(إِخْدَاهَا): أَنَّهُ يُغَرِّبُ مَعَ مَحْرَمٍ، وَلَهُ الْأَجْرَةُ عَلَيْهَا؛ عَلَى وَجْهِ.

وَعَلَى وَجْهِ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

فَإِنْ أَمْتَنَعَ، فَهَلْ يَجْزِيهِ السُّلْطَانُ عَلَى الْخُرُوجِ مَعَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ أَمْنًا، فَهَلْ
يَجُوزُ تَغْرِيبُهَا بِغَيْرِ مَحْرَمٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): لَا يُنْقَضُ فِي مَسَافَةِ الْعُزْبَةِ عَنْ مَزْحَلَتَيْنِ، وَإِلَيْهِ الْخِيَرَةُ فِي جِهَاتِ السَّفَرِ^(٢)،
وَالْغَرِيبُ يَخْرُجُ إِلَى غَيْرِ بِلَدِهِ، فَإِنْ رَجَعَ إِلَى الْبَلَدِ، لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ^(٣).

(الثَّالِثَةُ): لَوْ عَادَ الْمُغَرَّبُ، أَخْرَجْنَاهُ ثَانِيًا، وَلَمْ يُحْسَبِ الْمُدَّةُ الْمَاضِيَةُ.

أَمَّا الْإِسْلَامُ فَلَيْسَ مِنْ شَرَائِطِ الْإِخْصَانِ، بَلِ الذَّمُّ يُرْجَمُ إِذَا رَضِيَ بِحُكْمِنَا^(٤)، وَلَا يُجْلَدُ عَلَى
الشَّرْبِ، وَإِنْ كَانَ الْحَنْفِيُّ يَجْلَدُ عَلَى النَّبِيذِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ^(٥) (و).

أَمَّا قَوْلُنَا: إِبْلَاجُ فَرْجٍ فِي فَرْجٍ، فَيَتَنَاوَلُ اللَّوْاطُ، وَهُوَ يُوجِبُ قَتْلَ الْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ بِهِ؛ عَلَى
قَوْلٍ (ح).

وَالرَّجْمُ بِكُلِّ حَالٍ؛ عَلَى قَوْلٍ (ح).

وَالتَّغْرِيزُ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَهُوَ كَالرَّنَا؛ عَلَى قَوْلٍ (ح).

وَالْإِثْبَانُ الْأَجْنَبِيُّ فِي دُبْرِهَا لَوَاطُ.

(١) قال الرافعي: «وانتفاء الإحصان يسقط عن الرجم» لا حاجة إليه بعد الضابط المقدم. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإليه الخيرة في جهات السفر» الظاهر أنه لا يتمكن من العدول عن الجهة التي عينها الإمام. [ت]

(٣) قال الرافعي: «والغريب يخرج إلى غير بلده فإن رجع إلى بلده لم يتعرض له» هذا وجه والأظهر أنه يمنع منه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «بل الذمي يرجم إذا رضي بحكمننا» الظاهر أنه لا يعتبر رضاه. [ت]

(٥) قال الرافعي: «ولا يجلد على الشرب، وإن كان الحنفي يجلد على النبيذ على الأظهر» الصورتان معادتان في جنابة شرب الخمر وصورة الحنفي أعادها في «الشهادات» أيضاً. [ت]

وَالْغُلَامُ الْمَمْلُوكُ كَغَيْرِ الْمَمْلُوكِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ.

وَالْمِلْكُ فِي الْجَارِيَةِ وَالزَّوْجَةِ شُبْهَةٌ؛ لِأَنَّهَا مَحَلُّ الْأَسْتِمْنَاعِ.

وَقَوْلُنَا: تُشْنَهُ طَبْعًا، يُبَيِّنُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْإِبْلَاحِ فِي الْمِئْتَةِ، وَفِي الْبَهِيمَةِ قَوْلَانِ: أَصَحُّهُمَا؛ أَنَّ فِيهِ التَّعْزِيرَ.

وَفِي قَوْلِ يُقْتَلُ الْبَهِيمَةُ أَيْضًا^(١).

ثُمَّ فِي وُجُوبِ قِيَمَتِهَا، إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَأْكُولَةٍ، وَفِي حِلِّهَا، إِنْ كَانَتْ مَأْكُولَةً - خِلَافٌ.

وَإِنْ أَوْجَبْنَا الْحَدَّ، فَلَا يَنْبُتُ (ح) إِلَّا بِأَزْبَعَةٍ عُدُولٍ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا التَّعْزِيرَ، فَيَكْفِي عَدْلَانِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(٢).

وَقَوْلُنَا: مُحَرَّمٌ قَطْعًا، اخْتَرْنَا بِهِ عَنِ الْوَطْءِ بِالشُّبْهَةِ، وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ، وَفِي الْمُتْعَةِ؛ فَإِنَّ الصَّحِيحَ (و) أَنَّ لَا حَدَّ فِيهِ.

وَأَمَّا وَطْءُ الْحَائِضِ وَالْمُخْرِمَةِ وَالصَّائِمَةِ، فَلَا حَدَّ فِيهِ قَطْعًا.

وَقَوْلُنَا: لَا شُبْهَةٌ فِيهِ، اخْتَرْنَا بِهِ عَنْ شُبْهَةٍ فِي الْمَحَلِّ وَالْفَاعِلِ وَالطَّرِيقِ.

أَمَّا شُبْهَةُ الْمَحَلِّ، فَإِنْ يَكُونُ مَمْلُوكًا، وَإِنْ كَانَتْ مُحَرَّمَةً بِسَبَبِ رِضَاعٍ، أَوْ نَسَبٍ، أَوْ شَرِكَةٍ، أَوْ تَزْوِيجٍ، أَوْ عِدَّةٍ، فَلَا حَدَّ؛ عَلَى الْجَدِيدِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ^(٣).

وَأَمَّا فِي الْفَاعِلِ، فَإِنْ يَطْرُقُ أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ أَوْ زَوْجَتُهُ.

فَأَمَّا فِي الطَّرِيقِ، فَإِنَّ يَخْتَلِفُ الْعُلَمَاءُ فِي إِبَاحَتِهِ؛ كَالنِّكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ، وَبِلَا شُهُودٍ وَنِكَاحِ الْمُتْعَةِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ يَدْرَأُ الْحَدَّ^(٤)، وَلَوْ نَكَحَ أُمَّهُ، وَوَطْئَهَا حَدًّا؛ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ لِلزَّانَا أَوْ إِبَاحَةٍ

(١) قال الرافعي: «وفي قول: تقتل البهيمة أيضًا» المشهور أنه وجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن أوجبنا التعزير، فيكفي عدلان على أحد الوجهين» المسألة معادة من كتاب الشهادات، وفي النكاح الفاسد وفي المتعة. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن كانت محرمة بسبب رضاع أو نسب أو شركة أو عدة أو تزويج فلا حد على الجديد في جميع ذلك» طرد الخلاف في الجارية المشتركة، وجاريته المزوجة، أو المعتدة عن الزوج طريق الأصحاب والأقوى القطع بالمنع في هؤلاء الثلاثة فلا حد على الجديد من جميع ذلك وصف الخلاف بالقديم والجديد ذكره الإمام وصاحب الكتاب، والأكثرون سكتوا عنه، وأرسلوا ذكر القولين بل حكى بعضهم وجوب الحد عن بعض كتبه الجديدة. [ت]

(٤) قال الرافعي: «كالنكاح بلا ولي وبلا شهود» ونكاح المتعة فالصحيح أن جميع ذلك يدرأ الحد أي من القولين. [ت]

وقال أيضًا: «النكاح الفاسد كالنكاح بلا ولي ولا شهود وقد ذكرهما مع المتعة في قيد الخلوة عن الشبهة.

[ت]

الوطء (ح).

وَلَوْ زَنَتْ خَرَسَاءُ بِطَاطِقٍ، أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ مَكَّنَتْ الْعَاقِلَةَ مَجْنُونًا، أَوْ أَنْكَرَ أَحَدُ الْوَاطِئَيْنِ، أَوْ زَنَى بِامْرَأَةٍ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا الْقِصَاصَ، أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ - وَجَبَ (ح) الْحَدُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، وَفِي الْمَكْرَهَةِ عَلَى الزَّانَا قَوْلَانِ^(١)، وَالْمَكْرَهَةُ عَلَى التَّمَكِينِ لَا حَدَّ عَلَيْهَا؛ هَذَا هُوَ مُوجِبُ الْحَدِّ.

وَلِيُظْهِرَ لِلْقَاضِي بِجَمِيعِ قِيُودِهِ؛ إِمَّا بِالْإِفْرَارِ (ح) أَوْ الشَّهَادَةِ، وَيَكْفِي الْإِفْرَارُ (ح) مَرَّةً وَاحِدَةً، وَإِنْ رَجَعَ (م) سَقَطَ الْحَدُّ، وَهَلْ يُنْزَلُ التَّمَاسُّ تَرْكُ الْحَدِّ، أَوْ هَرَبُهُ، أَوْ أَمْتِنَاغُهُ مِنَ التَّمَكِينِ مَنْزِلَةٌ الرُّجُوعُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

فَإِنْ ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ، لَمْ يَسْقُطْ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَفِي سُقُوطِهِ بِالتَّوْبَةِ قَوْلَانِ يَخْتَلِفَانِ فِي كُلِّ حَدٍّ لِلَّهِ تَعَالَى، وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى زَانَاهَا، فَشَهِدَ أَرْبَعُ نِسَوَةٍ؛ عَلَى أَنَّهَا عَذَرَاءُ، سَقَطَ الْحَدُّ (م)، وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ؛ عَلَى أَنَّهُ زَنَى، وَعَيْنُ كُلِّ وَاحِدٍ زَاوِيَةٌ مِنَ الْبَيْتِ، فَلَا حَدَّ؛ إِذْ لَمْ يَتَّفِقُوا عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى أَنَّهُ زَنَى بِهَا مَكْرَهَةً، وَاثْنَانِ عَلَى أَنَّهُ زَنَى بِهَا مُطَاوَعَةً، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ، وَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الرَّجُلِ خِلَافٌ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ الْأَسْتِيفَاءِ وَمُتَعَاتِيهِ)، أَمَّا الْكَيْفِيَّةُ، فَيُسْتَحَبُّ حُضُورُ الْوَالِي، وَإِنْ ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ، فَحُضُورُ الشُّهُودِ وَبِدَائِهِمْ بِالزَّمَنِ، وَلَا يَجِبُ (ح) ذَلِكَ، وَلَا يُقْتَلُ بِالسَّيْفِ، بَلْ يُنْكَلُ بِالرَّجْمِ لَا بِصَخْرَةٍ تُدْفَقُ، وَلَا بِحَصَيَّاتٍ تُعْدَبُ، بَلْ بِحِجَارَةٍ مُعْتَدِلَةٍ، وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا، رُجِمَ، وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ الْجُلْدَ، أُخْرِجَ إِلَى الْبُرَى، وَإِنْ كَانَ مُخَدَّجًا لَا يَحْتَمِلُ السَّيَاطَ، فَيُضْرَبُ بِعُنْكَالٍ عَلَيْهِ مِائَةٌ شِمْرَاخٍ، فَإِنْ كَانَ خَمْسُونَ، ضُرِبَ مَرَّتَيْنِ ضَرْبًا مُؤَلِّمًا، بِحَيْثُ يَتَنَاقَلُ عَلَيْهِ جَمِيعُ الشَّمَارِيخِ، وَلَا يُفَرِّقُ السَّيَاطُ عَلَى الْآيَامِ، وَإِنْ اخْتَمَلَ سَيَاطًا خِفَافًا، فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ أَوْلَى مِنَ الشَّمَارِيخِ، فَإِنْ ضُرِبَ بِالشَّمَارِيخِ، فَرَأَى مَرَضُهُ عَلَى التَّدْوَرِّ، فَلَا يُعَادُ الْحَدُّ.

وَلَا يُقَامُ الْجُلْدُ فِي فَرْطِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ، وَكَذَا الرَّجْمُ (و)، إِنْ كَانَ يَتَوَهَّمُ سُقُوطُهُ بِرُجُوعِهِ^(٢) أَوْ تَوْبَتِهِ، بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَى أَعْتِدَالِ الْهَوَاءِ، وَهَذَا التَّأخِيرُ مُسْتَحَبٌّ، وَلَكِنْ إِنْ تَرَكَهُ، فَهَلَكَ، فَالْنَّصُّ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ.

وَنَصٌّ أَنَّهُ لَوْ خَتَنَ الْمُتَمَنِّعَ عَنِ الْخِتَانِ فِي الْحَرِّ، فَسَرَى، ضَمِنَ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالْقَتْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْخِتَانَ فِي الْأَصْلِ لَيْسَ إِلَى الْإِمَامِ؛ فَلِذَلِكَ ضَمِنَ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا الضَّمَانَ، اخْتِمِلَ أَنْ يُقَالَ: التَّأخِيرُ وَاجِبٌ.

وَأَمَّا مُسْتَوْفِي الْحَدِّ، فَهُوَ الْإِمَامُ فِي حَقِّ الْأَخْرَارِ، وَالسَّيِّدُ فِي حَقِّ الرَّقِيقِ الْفَقِيرِ، دُونَ الْمُكَاتَبِ

(١) قال الراعي: «وفي المكره على الزنا قولان» المشهور وجهان. [ت]

(٢) قال الراعي: «وكذا الرجم إن كان يتوهم سقوطه برجوعه» هذا وجه، والأظهر أنه لا يؤخر الرجم. [ت]

(و)، وَمَنْ يَضْفُهُ حُرٌّ (و)، وَالْمُدْبِرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ قَبْلُ، ثُمَّ لِلْإِمَامِ الْأَسْتِيفَاءُ أَيْضًا، فَإِنْ اجْتَمَعَ السَّيِّدُ وَالسُّلْطَانُ، فَأَيُّهُمَا أَوْلَى فِيهِ أَحْتِمَالٌ، وَلِلْسَّيِّدِ أَيْضًا التَّغْزِيرُ، وَهَلْ لِلْمَرْأَةِ وَالْفَاسِقِ وَالْمَكَاثِبِ اسْتِيفَاءُ الْحَدِّ مِنْ عِبِيدِهِمْ؟ فِيهِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ بِطَرِيقِ الْوِلَايَةِ وَاسْتِصْلَاحِ الْمَلِكِ، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ اسْتِصْلَاحًا، لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِكِ الْقَتْلُ فِي الْحَدِّ، وَفِي الْقَطْعِ خِلَافٌ، ثُمَّ ذَلِكَ كُلُّهُ إِذَا شَهِدَ السَّيِّدُ زِنَاهُ أَوْ أَقَرَّ، فَإِنْ قَامَتْ عِنْدَهُ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ فِي سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ (ح) وَجِهَانٍ، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْتَقْبَلُ بِالْحُكْمِ، فَلَا أَقْلَ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِأَحْكَامِ الْحُدُودِ.

وَكُلُّ مَنْ قُتِلَ حَدًّا أَوْ لَتَزِكَ صَلَاةٌ^(١)، غُسِّلَ وَكُفِّنَ، وَصُلِّيَ عَلَيْهِ (ح م و)، وَدُفِنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ.

(الْجِنَايَةُ الرَّابِعَةُ: الْقَذْفُ)، وَهُوَ مُوجِبٌ ثَمَانِينَ جَلْدَةً عَلَى الْحُرِّ، وَأَرْبَعِينَ عَلَى الرَّقِيقِ، فَإِنْ قَذَفَهُ مَرَّتَيْنِ، وَقَدْ تَخَلَّلَ الْحَدَّ تَعَدُّدًا، وَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلْ، فِيهِ التَّدَاخُلُ قَوْلَانِ (م ز)، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ مَعَ صُورِ الْقَذْفِ فِي اللَّعَانِ، وَفِيهِ مُشَابَهَةٌ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى؛ إِذْ لَا يَسْقُطُ بِإِبَاحَةِ الْقَذْفِ^(٢)، وَلَا يَقَعُ مَوْقِعُهُ، إِذَا اسْتَوْفَاهُ الْمَقْدُوفُ، وَيَتَشَطَّرُ بِالرُّقْ؛ وَلَكِنَّ الْغَالِبَ حَقُّ الْآدَمِيِّ؛ إِذْ يَسْقُطُ (ح) بِعَفْوِهِ وَيُورَثُ (ح) عَنْهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الْحَدُّ بِقَذْفٍ لَيْسَ عَلَى صُورَةِ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ شَهِدَ بِالزِّنَا أَرْبَعَةً، فَلَا حَدَّ، وَإِنْ شَهِدَ ثَلَاثَةً، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ شَهِدَ عَبْدٌ أَوْ ذِمِّيٌّ، وَجَبَ حَدُّ الْقَذْفِ، وَإِنْ شَهِدَ فَاسِقٌ مُغْلَرٌ، فَقَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَ مُكَاتَبًا، فَقَوْلَانِ مُرَّتَيْنِ، وَأَوَّلَى بِأَلَّا يَجِبَ، وَإِنْ رَدَّ الْقَاضِي شَهَادَتَهُمْ؛ لِأَدَاءِ اجْتِنَاهِهِ إِلَى فِسْقِهِمْ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةً، ثُمَّ رَجَعَ وَاحِدًا، حَدُّ الرَّاجِعِ [و]^(٣) دُونَ الْمُصْرِ.

وَقِيلَ فِي الْمُصْرِ؛ قَوْلَانِ.

وَالشَّهَادَةُ هِيَ الَّتِي تُؤَدَّى فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ، وَمَا عَدَاهُ قَذْفٌ.

(الْجِنَايَةُ الْخَامِسَةُ: السَّرِقَةُ)، وَالنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ:

(الْأَوَّلُ): فِي الْمُوجِبِ، وَهُوَ السَّرِقَةُ، وَلَهَا ثَلَاثَةُ أَزْكَانٍ.

(الْأَوَّلُ: الْمَسْرُوقُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ نِصَابًا مَمْلُوكًا لِغَيْرِ السَّارِقِ مِلْكًا مُحْتَزَمًا تَامًا مُحْرَزًا لَا شُبْهَةَ فِيهِ، فَهَذِهِ سِتَّةُ شُرُوطٍ:

(الشَّرْطُ الْأَوَّلُ: النَّصَابُ)، وَهُوَ رُبُعُ دِينَارٍ (ح م) مَسْكُوكٍ، وَيِهِ يُقَوْمُ السَّلْعُ، وَالرُّبُعُ مِنْ

(١) قال الراعي: «وكل من قُتِلَ حدا أو لترك صلاة إلى آخره» صورة تارك الصلاة المذكورة في «الجنائز»، ثم في «تارك الصلاة» وهذه مرة ثالثة. [ت]

(٢) قال الراعي: «وفيه مشابهة حقوق الله تعالى إذ لا يسقط بإباحة القذف» هذا وجه، وجواب الأكثرين فيما إذا قال اذفني ففقد لا حدًا. [ت]

(٣) سقط من أ.

الذَّهَبِ الْإِبْرِيذِ، وَإِذَا لَمْ يُسَاوِ رُبْعًا مَضْرُوبًا، فَلَا حَدَّ فِيهِ؛ عَلَى أَحَدِ الرَّجَهَيْنِ، وَيُقَطَّعُ فِي خَاتَمٍ وَزُنَّةٍ سُدُسٌ وَقِيمَتُهُ رُبْعٌ عَلَى أَحَدِ الرَّجَهَيْنِ، وَلَوْ سَرَقَ دَنَانِيرٌ، ظَنُّهَا فُلُوسًا لَا تَبْلُغُ نِصَابًا قُطْعًا، وَلَوْ سَرَقَ جُبَّةٌ قِيمَتُهَا دُونَ النَّصَابِ، لَكِنْ فِي جَنْبِهَا دِينَارٌ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ قُطْعًا؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ أَخْرَجَ نِصَابًا فِي دُفْعَاتٍ، فَلَا قُطْعَ؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَتَخَلَّلَ أَطْلَاعُ الْمَالِكِ وَإِعَادَةُ الْحِزْرِ، فَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلْ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ يُفَرَّقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ طُولِ الزَّمَانِ الْمُتَخَلَّلِ وَقِصَرِهِ.

وَحُرُوجُ الْبُرِّ مِنَ أَسْفَلِ الْكَنْدُوجِ شَيْنًا فَشَيْنًا عَلَى التَّوَاصُلِ أَوَّلَى بِأَنْ يُجْعَلَ فِي حُكْمِ دَفْعَةٍ مِنْ الْمُفْرَقِ، بَلْ هُوَ كَمَا لَوْ جَرَّ الْمِنْدِيلُ شَيْنًا فَشَيْنًا، فَإِنَّهُ يُقَطَّعُ، فَلَوْ أَخْرَجَ نِصْفَ الْمِنْدِيلِ، وَتَرَكَ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي الْحِزْرِ، فَلَا قُطْعَ، وَإِنْ كَانَ الْمُخْرُجُ أَكْثَرَ مِنْ نِصَابٍ، وَلَوْ جَمَعَ مِنَ الْبَذْرِ الْمَبْتُوثِ فِي الْأَرْضِ الْمُحَرَّزَةِ مَا بَلَغَ نِصَابًا، قُطِعَ عَلَى الصَّحِيحِ، لِأَنَّ الْكُلَّ كَحِزْرِ وَاحِدٍ، وَلَمْ يَكُنْ، كَمَا لَوْ أَخْرَجَ نِصَابًا مِنْ حِزْرَيْنِ، وَلَوْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي حِمْلٍ مَا دُونَ النَّصَابِ، لَمْ يُقَطَّعَا، وَلَوْ بَلَغَ نِصْفَ دِينَارٍ، قُطِعَا، وَيَتَّبَعِي أَنْ تَكُونَ الْقِيَمَةُ بِالْعَةِ نِصَابًا قُطْعًا، لَا بِاجْتِهَادِ الْمُقَوِّمِ.

(الشَّرْطُ الثَّانِي): أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِغَيْرِ السَّارِقِ، وَلَوْ سَرَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ مِنَ الْمُزْنَهَيْنِ أَوْ الْمُسْتَأْجِرِ، فَلَا قُطْعَ، وَلَوْ طَرَأَ الْمِلْكُ بِإِزَاتٍ قَبْلَ الْخُرُوجِ مِنَ الْحِزْرِ، فَلَا قُطْعَ، وَبَعْدَهُ لَا يُؤْثَرُ (ح)؛ وَكَذَلِكَ نَقْصَانُ الْقِيَمَةِ بِالْأَكْلِ، وَالْإِثْلَافُ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ يُؤْثَرُ وَبَعْدَهُ لَا، وَلَوْ قَالَ السَّارِقُ سَرَقْتُ مِلْكِي، سَقَطَ الْقُطْعُ بِمَجَرَّدِ دَعْوَاهُ^(١)؛ عَلَى النَّصِّ؛ لِأَنَّهُ صَارَ خَصْمًا فِي الْمَالِ، فَكَيْفَ يُقَطَّعُ بِحَلْفِ غَيْرِهِ، وَلَوْ قَالَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ: هُوَ لَكَ، فَأَنْكَرَ شَرِيكُهُ، فَلَا قُطْعَ، وَلَوْ قَالَ السَّارِقُ: هُوَ مِلْكُ شَرِيكِي فِي السَّرْقَةِ، فَلَا قُطْعَ، وَلَوْ أَنْكَرَ شَرِيكُهُ، لَمْ يُقَطَّعِ الْمُدَّعِي، وَفِي الْمُتَكَبِّرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ السَّارِقُ: هُوَ مِلْكُ سَيِّدِي، فَلَا قُطْعَ، وَإِنْ كَذَّبَهُ السَّيِّدُ.

(الشَّرْطُ الثَّلَاثُ: أَنْ يَكُونَ مُحْتَرَمًا)؛ فَلَا قُطْعَ عَلَى سَارِقِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، وَلَا عَلَى سَارِقِ الطُّبُورِ، وَالْمَلَاهِي، وَالْأَوَانِي الذَّهَبِيَّةِ الَّتِي يَجُوزُ كَسْرُهَا، إِنْ قَصَدَ السَّارِقُ بِإِخْرَاجِهَا الْكُسْرَ، وَإِنْ قَصَدَ السَّرْقَةَ، وَرِضَاضَهَا نِصَابًا، فَوَجْهَانِ.

(الشَّرْطُ الرَّابِعُ): أَنْ يَكُونَ الْمِلْكُ تَامًا^(٢) قَوِيًّا، وَلَوْ كَانَ لِلْسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ، وَلَوْ بَعْزَاءٌ يَسِيرُ، فَلَا يُقَطَّعُ؛ كَمَا لَوْ سَرَقَ أَلْفَ دِينَارٍ، وَلَهُ مِنْهُ وَزْنُ دِينَارٍ شَائِعٍ.

وَقِيلَ: يَجِبُ مَهْمَا أَخَذَ مِنْ مَالِ الشَّرِيكِ قَدْرُ نِصَابٍ، فَيَجِبُ عَلَى مَنْ سَرَقَ نِصْفَ دِينَارٍ

(١) قال الرافعي: «ولو قال السارق: سرقت ملكي سقط القطع بمجرد دعواه» المسألة معادة في آخر النظر الثاني من السرقة، مع زيادة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أن يكون الملك تاماً» بَيَّنَّ فِي «الْوَسِيطِ» أَنَّهُ قَصْدُ بَقِيدِ التَّمَامِ الْإِحْتِرَازَ عَمَّا إِذَا كَانَ لِلْسَّارِقِ شَرِكَةٌ فِي الْمَسْرُوقِ، لَكِنْ فِي الشَّرْطِ الثَّانِي، وَهُوَ كَوْنُ الْمَالِ مَمْلُوكًا لِغَيْرِ السَّارِقِ مَا يَغْنِي عَنْهُ لِأَنَّهُ لَا يَصْدُقُ أَنْ يَقَالَ أَنَّ الْمَشْتَرَكِ مَمْلُوكٌ لِغَيْرِ السَّارِقِ، وَكَيْمَا إِذَا كَانَ لِلْسَّارِقِ فِيهِ حَقُّ كَمَالِ بَيْتِ الْمَالِ، لَكِنْ فِي الشَّرْطِ الْخَامِسِ وَهُوَ كَوْنُ الْمَالِ خَارِجًا عَنِ الشَّبْهَةِ اسْتِحْقَاقِ السَّارِقِ مَا يَغْنِي عَنْهُ. [ت]

مُشْتَرِكٍ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الشَّيْءُ قَابِلًا لِلْقِسْمَةِ، وَلَمْ يَزِدْ عَلَى مِقْدَارِ حَقِّهِ، حُمِلَ قِسْمَةً فَاسِدَةً، وَلَمْ يُقَطَّعْ، وَإِلَّا قُطِعَ، أَمَّا مَا لِلسَّارِقِ فِيهِ حَقٌّ، كَمَا لِبَيْتِ الْمَالِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ. أَحَدُهُمَا: لَا يُقَطَّعُ بِحَالٍ.

وَالثَّانِي: لَا يُقَطَّعُ، إِنْ كَانَ مُتَّصِفًا بِصِفَةِ الِاسْتِحْقَاقِ.

وَأَمَّا الْإِبْنُ، فَلَا يُقَطَّعُ بِسَرِقَةِ مَالِ أَبِيهِ^(١)، وَكُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الثَّقَفَةَ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا، وَيُقَطَّعُ بِسَرِقَةِ بَابِ الْمَسْجِدِ وَأَجْدَاعِهِ، وَفِي فُرْشِهِ وَجْهَانِ، وَفِي قَنَدِيلِهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يُقَطَّعَ، وَفِي سَرِقَةِ الْمُوقُوفِ وَالْمُسْتَوْلَدَةِ وَجْهَانِ؛ لِضَعْفِ الْمَلِكِ.

(الشَّرْطُ الْخَامِسُ): كَوْنُ الْمَالِ خَارِجًا عَنْ شُبْهَةِ اسْتِحْقَاقِ السَّارِقِ، فَالْقَطْعُ عَلَى مُسْتَحِقِّ الدَّيْنِ، إِذَا سَرَقَ مِنْ غَرِيمِهِ الْمُطَاطِلِ جِنْسَ حَقِّهِ، وَإِنْ سَرَقَ عَيْنَ جِنْسِ حَقِّهِ، فَفِيهِ خِلَافٌ (و)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُطَاطِلًا، قُطِعَ (و)، وَلَا يُقَطَّعُ مَنْ يَسْتَحِقُّ الثَّقَفَةَ عَلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ بِالْبَغْضِيَّةِ، وَفِي الزَّوْجَةِ خِلَافٌ، فَإِنْ قُلْنَا: تُقَطَّعُ الزَّوْجَةُ، فَتُقَطَّعُ الزَّوْجُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا، فَفِي الزَّوْجِ [خِلَافٌ]^(٢)؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنْ الْأَتْحَادِ الْعُزْفِيِّ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُقَطَّعُ فِي عَبْدِ الزَّوْجِ وَجْهَانِ، وَلَا شَكٌّ فِي أَنَّ وَلَدَ الزَّوْجِ يُقَطَّعُ؛ إِذَا يُقَطَّعُ وَلَدُ الْأَبِ، وَهُوَ الْأَخُّ.

وَمِنْ الشُّبْهَةِ الْمُؤَثِّرَةِ ظَنُّ السَّارِقِ مِلْكَ الْمَسْرُوقِ، أَوْ مِلْكَ الْجِزْرِ، أَوْ كَوْنُ الْمَسْرُوقِ مِلْكَ أَبِيهِ وَلَيْسَ مِنَ الشُّبْهَةِ كَوْنُ الشَّيْءِ مُبَاحَ الْأَصْلِ؛ كَالْحَطَبِ، وَلَا كَوْنُهُ (ح) رَطْبًا؛ كَالْفَوَاكِهِ وَلَا كَوْنُهُ (ح) مُتَعَرِّضًا لِلْفَسَادِ، كَالْمَرْقَةِ، وَالْجَمْدِ، وَالشَّمْعِ الْمُشْتَعِلِ، وَمَنْ قُطِعَ فِي عَيْنِ مَرَّةٍ، فَسَرَقَ مَرَّةً أُخْرَى، قُطِعَ ثَانِيًا، وَيُقَطَّعُ بِسَرِقَةِ الْمَالِ مِنْ يَدِ الْمُودِعِ وَالْوَكِيلِ وَالْمُرْتَهِنِ، وَيُقَطَّعُ بِسَرِقَةِ (ح و) الْمَاءِ، إِذَا قُلْنَا: أَنَّهُ مَمْلُوكٌ.

(الشَّرْطُ السَّادِسُ): كَوْنُهُ مُحَرَّرًا، وَهُوَ مَا عَلَى سَارِقِهِ خَطَرٌ؛ لِكَوْنِهِ مَلْحُوظًا غَيْرَ مُضَيَّعٍ؛ إِمَّا بِلِحَاطِ دَائِمٍ، إِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَوْضِعُ حَصِينًا؛ كَالْمَتَاعِ الْمَوْضُوعِ فِي صَخْرَاءٍ، أَوْ بِلِحَاطِ مُعْتَادٍ، إِنْ كَانَ فِي الْمَوْضِعِ حَصَانَةٌ؛ كَالْحَوَانِيتِ وَالذُّورِ، وَالْمُحَكَّمِ فِيهِ الْعُرْفُ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأَوَّلَى): الْإِضْطَبْلُ حِرْزٌ لِلدَّوَابِّ، لَا لِلثِّيَابِ وَعَرَصَةُ الدَّارِ حِرْزٌ لِلْأَوَانِي وَتِيَابِ الْبَذَلَةِ، لَا لِلثُّقُودِ وَالْحُلِيِّ، وَالْمُحَرَّرُ مَا لَا يَعُدُّ صَاحِبُهُ مُضَيَّعًا.

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَأَمَّا الْإِبْنُ فَلَا يَقَطَّعُ بِسَرِقَةِ مَالِ أَبِيهِ إِلَى آخِرِ الْمَسْأَلَةِ» مَذْكُورَةٌ فِي الشَّرْطِ الْخَامِسِ، وَالْمَقْصُودُ هَاهُنَا الْإِشَارَةُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْإِبْنِ حَيْثُ لَا يَقَطَّعُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِصِفَةِ الْاسْتِحْقَاقِ لَغْنًا، وَبَيْنَ مَالِ بَيْتِ الْمَالِ فَإِنَّمَا لَا يَقَطَّعُ سَارِقُهُ بِشَرِّطِ أَنْ يَكُونَ بِصِفَةِ الْاسْتِحْقَاقِ وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هَذَا فَلَا حَاجَةَ إِلَى أَنْ يَقُولَ: وَكُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النِّفْقَةَ. [ت]

(٢) فِي أ: قَوْلَانِ.

(الثانية): الموضوع في الشارع والمسجد مُحَرَّزٌ بِلَحَاطٍ صَاحِبِهِ؛ بِشَرْطِ الْأَيَّامِ وَلَا يُؤَلِّهُ ظَهْرُهُ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَلَّا يَكُونَ زِحَامٌ يَشْغُلُ الْحِسَّ عَنْ حِفْظِ الْمَتَاعِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْمَلْحُوظُ بِعَيْنِ الضَّعِيفِ فِي الصَّخْرَاءِ لَيْسَ مُحَرَّزًا، إِذَا كَانَ لَا يُبَالِي بِهِ، وَالْمَحْفُوظُ فِي قَلْعَةٍ مُحْكَمَةٍ، إِذَا لَمْ يَكُنْ مَلْحُوظًا لَيْسَ بِمُحَرَّزٍ.

(الثالثة): الدَّارُ بِاللَّيْلِ مُحَرَّزٌ، وَلَوْ نَامَ فِيهَا صَاحِبُهَا، إِنْ كَانَ الْبَابُ مُغْلَقًا، وَإِنْ كَانَ مَفْتُوحًا، فَضَائِعٌ، وَبِالنَّهَارِ قَدْ يُعْتَمَدُ بِلَحَاطِ الْجِيرَانِ، فِيهِ وَجْهَانِ، أَمَّا أَطْرَافُ الْحَوَانِيتِ مُحَرَّزَةٌ بِأَعْيُنِ الْجِيرَانِ وَالْمَاوَةِ؛ وَإِنْ غَابَ عَنْهَا صَاحِبُهَا، أَوْ نَامَ، وَلَوْ تَعَقَّلَ السَّارِقُ صَاحِبَ الدَّارِ، وَهُوَ مُتَّقِظٌ، وَالْبَابُ مَفْتُوحٌ، وَهُوَ يَتَرَدَّدُ فِي الدَّارِ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَدَّعَى السَّارِقُ؛ أَنَّهُ نَامَ، وَضَيَّعَ، سَقَطَ الْقَطْعُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ؛ كَمَا فِي دَعْوَى الْمَلِكِ.

(الرابعة): الْخِيَامُ لَيْسَتْ كَالدُّورِ فِي الْحَصَانَةِ، فَيُفْتَقَرُ إِلَى زِيَادَةِ لَحَاطٍ، وَلَكِنْ لِإِحْكَامِ الرِّبْطِ وَتَنْضِيبِ الْأَمْنَةِ تَأْتِيهِ فِي الْأَسْتِغْنَاءِ عَنْ دَوَامِ اللَّحَاطِ، وَالذُّوَابُ مُحَرَّزَةٌ بِنَظَرِ الرَّاعِي فِي الصَّخْرَاءِ، إِذَا كَانَ عَلَى نَشْرِ، وَالْفِطَارُ مُحَرَّزٌ بِالْقَائِدِ فِي صَخْرَاءٍ خَالٍ، أَوْ سِكَوَةٍ مُسْتَوِيَةٍ، وَهُوَ تِسْعَةٌ مِنَ الْإِبِلِ، فَإِنْ كَانَ لَا يُلَاحِظُ مَا وَرَاءَهُ، فَالْمُحَرَّزُ بِالْقَائِدِ الْأَوَّلِ، وَبِالزَّائِبِ مَرْكُوبُهُ وَمَا أَمَامَهُ وَوَاحِدٌ مِنْ خَلْفِهِ، وَبِالسَّائِقِ جَمِيعُ مَا أَمَامَهُ.

(الخامسة): لَا قَطْعَ عَلَى النَّبَاشِ فِي ثُرَيَّةٍ صَائِعَةٍ، وَيُقَطَّعُ (ح) إِذَا سَرَقَ الْكَفَنَ مِنْ قَبْرِ فِي بَيْتِ مُحَرَّزٍ مُحْرُوسٍ^(١)، وَمِنْ مَقَابِرِ الْبِلَادِ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ يَجِبُ، فِيهِ الثُّوبُ الْمَوْضُوعُ مَعَ الْكَفَنِ وَالْمَلْفُوفِ زِيَادَةً عَلَى الْعَدَدِ الشَّرْعِيِّ وَجْهَانِ، ثُمَّ الْكَفَنُ لِلْوَارِثِ، فَهُوَ الْخَصْمُ فِي السَّرِقَةِ، فَإِنْ كَفَّنَهُ أَجْنَبِيٌّ، فَالطَّلَبُ (و) لِلْأَجْنَبِيِّ.

(السادسة): إِذَا كَانَ الْحِزْرُ مِلْكًا لِلْسَّارِقِ، وَلَكِنَّهُ فِي يَدِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ بِإِجَارَةٍ، قُطِعَ (ح)، وَإِنْ كَانَ بِغَضَبٍ، لَمْ يُقَطَّعْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ حِزْرًا فِي حَقِّهِ، وَهَلْ تَكُونُ الدَّارُ الْمَغْضُوبَةُ حِزْرًا عَنْ غَيْرِ الْمَالِكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَارِيَةً، فَثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ الرُّجُوعَ بِالدُّخُولِ أَوْ لَا يَقْصِدُ؛ كَمَا يُفَرَّقُ فِيمَنْ وَطِئَ حَرِيَّةً بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ الْأَسْتِیْلَاءَ، أَوْ لَا يَقْصِدَ فِي نَسَبٍ وَلَدِهِ، وَلَوْ كَانَ فِي الْحِزْرِ مَالٌ مَغْضُوبٌ لِلْسَّارِقِ، فَأَخَذَ غَيْرَ الْمَغْضُوبِ، فِيهِ الْقَطْعُ وَجْهَانِ، لِشُبْهَةِ جَوَازِ الدُّخُولِ، وَإِنْ جَوَزْنَا لِلْأَجْنَبِيِّ أَنْتِزَاعَ الْمَغْضُوبِ لِلْحَسْبَةِ، جَرَى فِيهَا الْوَجْهَانِ أَيْضًا.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: نَفْسُ السَّرِقَةِ، وَهِيَ الْإِخْرَاجُ) وَالنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ.

(الأول): فِي إِبْطَالِ الْحِزْرِ، وَهُوَ بِالتَّقْبِ وَفَتْحِ الْبَابِ، وَإِنْ تَقَبَّ وَعَادَ لِلْإِخْرَاجِ لَيْلَةً أُخْرَى، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقَطَّعُ إِلَّا إِذَا أَطْلَعَ الْمَالِكُ وَأَهْمَلَ، وَلَوْ أَخْرَجَ غَيْرُهُ، فَلَا قَطْعَ (و) عَلَيْهِمَا، وَإِنْ تَعَاوَنَا حَتَّى يَشْتَرِكَا فِي التَّقْبِ وَالْإِخْرَاجِ، قُطِعَا، وَإِنْ أَشْتَرَكَا فِي التَّقْبِ وَأَنْفَرَدَ وَاحِدٌ بِالْإِخْرَاجِ،

(١) قال الرافعي: «في بيت محرز محروس» الجمع بين اللفظين تأكيد. [ت]

فَالْقَطْعُ عَلَيْهِ خَاصَّةً، وَلَوْ أَخَذَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي الثَّقَبِ سُدُسًا، وَالْآخَرُ ثُلُثًا، فَلَا قَطْعَ إِلَّا عَلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ، وَلَا يُشْتَرِطُ (و) فِي الْأَشْتِرَاكِ فِي الثَّقَبِ التَّحَامُلُ عَلَى آلَةٍ وَاحِدَةٍ، بَلِ التَّعَاقُبُ فِي الضَّرْبِ شَرَكَةٌ؛ بِخِلَافِ قَطْعِ الْيَدِ فِي الْقِصَاصِ، وَلَوْ دَخَلَ أَحَدُهُمَا، وَأَخْرَجَ الْمَالَ إِلَى بَابِ الْحِزْرِ، فَأَدَخَلَ الْآخَرُ يَدَهُ، وَأَخَذَهُ، فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ، لَا عَلَى الْأَوَّلِ، وَإِنْ وَضَعَ الْأَوَّلُ خَارِجَ الْحِزْرِ، فَعَلَيْهِ (ح) لَا عَلَى الْآخِذِ، وَإِنْ وَضَعَ عَلَى وَسْطِ الثَّقَبِ، وَأَخَذَ الْآخَرُ، فَقَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي وَجُوهِ الثَّقُلِ)، فَلَوْ رَمَى الْمَالَ إِلَى خَارِجِ الْحِزْرِ، قَطَعَ، أَخَذَهُ أَوْ تَرَكَهُ، وَلَوْ اسْتَخْرَجَ مِنَ الْحِزْرِ بِمَخْجَنِ، قَطَعَ، وَلَوْ أَكَلَ فِي الْحِزْرِ، لَمْ يَقْطَعْ، وَلَوْ أَبْتَلَعَ دُرَّةً فِي الْحِزْرِ، فَثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهَا بَعْدَ الْأَنْفِصَالِ عَنْهُ وَبَيْنَ الْأَيْقِصَدِ ذَلِكَ، وَلَوْ وَضَعَ الْمَتَاعَ عَلَى الْمَاءِ، حَتَّى جَرَّئِي بِهِ إِلَى خَارِجِ الْحِزْرِ، قَطَعَ (و)، وَكَذَلِكَ (و) لَوْ فَتَحَ أَسْفَلَ الْكَنْدُوجِ، حَتَّى أَنْصَبَ، وَلَوْ وَضَعَ عَلَى ظَهْرِ دَابَّةٍ، فَخَرَجَتْ، قِيلَ: لَا يَقْطَعْ؛ لاختِيارِ الدَّابَّةِ.

وقيل: إِنْ سَارَتْ عَلَى الْفُورِ، قَطَعَ وَإِلَّا، فَوَجْهَانِ.

وقيل بِالْعَكْسِ، وَهُوَ تَرَدُّدٌ فِي أَنَّ التَّسَبُّبَ، هَلْ يَكْفِي لِلْقَطْعِ؟

وَلَوْ أَخْرَجَ شَاةً، فَتَبِعَتْهَا سَخَلَتْهَا أَوْ غَيْرَهَا، خُرُجَ عَلَى الْخِلَافِ؛ لاختِيارِ الدَّابَّةِ.

وَلَوْ حَمَلَ عَبْدًا صَغِيرًا مِنْ حَرِيمِ دَارِ سَيِّدِهِ، قَطَعَ؛ لِأَنَّهُ حِزْرُهُ إِلَّا أَنْ يَبْعُدَ عَنْهُ، فَلَوْ دَعَاهُ وَخَدَعَهُ، فَهُوَ مُمَيَّرٌ، فَلَا قَطْعَ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْبَهِيمَةِ، وَلَوْ أَكْرَهَ الْمُمَيَّرُ بِالسَّيْفِ عَلَى الْخُرُوجِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَمَلَ عَبْدًا قَوِيًّا، فَلَمْ يَمْتَنِعْ، فَلَا قَطْعَ إِذْ حِزْرُهُ قُوَّتُهُ وَهُوَ مَعَهُ وَكَذَا إِنْ كَانَ نَائِمًا، وَلَوْ حَمَلَ حُرًّا، وَمَعَهُ ثِيَابُهُ، فَفِي دُخُولِ الثِّيَابِ تَحْتَ يَدِهِ نَظَرٌ، فَإِنْ كَانَ قَوِيًّا، لَمْ تَدْخُلْ (و)، وَإِنْ كَانَ ضَعِيفًا، تَدْخُلْ (و)، وَهَلْ يَكُونُ سَارِقًا؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَامَ عَلَى الْبَعِيرِ، وَعَلَيْهِ أَمْتَعَةٌ، وَأَخَذَ السَّارِقُ زِمَامَهُ؛ حَتَّى أَخْرَجَهُ مِنَ الْقَافِلَةِ، فَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَوْجِهٍ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ الْقَوِيِّ وَالضَّعِيفِ، وَفِي الرَّابِعِ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ.

(الطَّرْفُ الثَّلَاثُ: فِي مَحَلِّ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ)، وَلَا يَقْطَعْ بِالثَّقُلِ مِنْ زَاوِيَةِ الْحِزْرِ إِلَى زَاوِيَةِ أُخْرَى، وَلَوْ نَقَلَ مِنَ الْبَيْتِ إِلَى صَخْرِ الدَّارِ، وَهُوَ أَيْضًا مُحَرَّرٌ، فَثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ، يُفَرَّقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْعَرْصَةُ حِزْرًا لَهُ، وَمَا لَيْسَ حِزْرًا لَهُ، وَلَوْ أَخْرَجَ مِنْ حُجْرَةِ الْخَانَ إِلَى الْعَرْصَةِ، فَهُوَ كَعَرْصَةِ الدَّارِ، إِذَا كَانَ مُحَرَّرًا، وَإِلَّا فَكَالشَّارِعِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ مُحَرَّرًا، وَالسَّكَّةُ الْمُنْسَدَّةُ الْأَسْفَلُ؛ كَالشَّارِعِ لَا كَعَرْصَةِ الْخَانَ، وَعَرْصَةُ الْخَانَ أَيْضًا حِزْرٌ لِبَعْضِ الْأَمْتَعَةِ أَيْضًا، لَكِنْ فِي حَقِّ السُّكَّانِ لَيْسَ بِحِزْرِ، وَلَا قَطْعَ عَلَى الضَّعِيفِ، إِذَا سَرَقَ؛ إِذْ لَيْسَ مُحَرَّرًا عَنْهُ، وَكَذَا الْجَارُ إِذَا سَرَقَ مِنْ طَرَفِ حَائِثِ الْجَارِ؛ حَيْثُ يُحَرَّرُ بِلِحَاطِ الْجِيرَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: السَّارِقُ)، وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ وَالْإِتِزَامُ، فَلَا قَطْعَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَيَجِبُ عَلَى الذَّمِّيِّ، ثُمَّ يُسْتَوْفَى قَهْرًا، لَوْ سَرَقَ مَالٌ مُسْلِمٍ، وَإِنْ سَرَقَ مَالَ ذِمِّيٍّ، فَإِذَا تَرَفَعُوا وَإِذَا زَنَى بِمُسْلِمَةٍ، رُجِمَ قَهْرًا، وَإِنْ كَانَ الْحَدُّ لِلَّهِ تَعَالَى.

أَمَّا الْمُعَاهَدُ، فَثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ كَالذَّمِّيِّ.

(وَالثَّانِي): لَا يُقَطَّعُ أَضْلًا.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يُقَطَّعُ إِنْ شُرِطَ عَلَيْهِ ذَلِكَ فِي الْعَهْدِ.

وَلَوْ زَنَى بِمُسْلِمَةٍ، فَفِي الْحَدِّ طَرِيقَانِ:

قِيلَ: كَالسَّرِقَةِ.

وَقِيلَ: لَا يُقَامُ قَطْعًا؛ لِأَنَّهُ لَا خُصُومَةَ لِلذَّمِّيِّ فِيهِ.

وَيُسْتَوْفَى فِي الْقَطْعِ الْمَرْأَةُ وَالرَّجُلُ، وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ.

(النَّظَرُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ: فِي إِبْثَاتِ السَّرِقَةِ وَحُجَّتَيْهَا):

وَتَثْبُتُ بِالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ، وَتَبْعُدُ إِيْجَابُ الرَّجْمِ بِالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ فِي الزَّنَا بِالْجَارِيَةِ الْمَمْلُوكَةِ.

وَتَثْبُتُ أَيْضًا بِالْإِضْرَارِ مَعَ الْإِضْرَارِ، فَإِنْ رَجَعَ، لَمْ يَسْقُطِ الْغُرْمُ، وَفِي سُقُوطِ الْقَطْعِ قَوْلَانِ^(١).

وَقِيلَ: يَسْقُطُ الْقَطْعُ.

وَفِي سُقُوطِ الْغُرْمِ بِالتَّبَعِيَّةِ قَوْلَانِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِاسْتِكْرَاهِ جَارِيَةٍ عَلَى الزَّنَا، ثُمَّ رَجَعَ، سَقَطَ الْحَدُّ، وَلَا يَسْقُطُ الْمَهْرُ، وَلَوْ أَقَرَّ السَّارِقُ قَبْلَ الدَّعْوَى، فَهَلْ يُقَطَّعُ فِي الْحَالِ، أَوْ يُنْتَظَرُ طَلَبُ الْمَالِكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يُنْتَظَرُ سَيِّدُ الْجَارِيَةِ، إِذَا أَقَرَّ بِالزَّنَا بِهَا مَعَ الْإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ مَالِكَ الْجَارِيَةِ، لَوْ قَالَ: كُنْتُ مَلِكُكَ قَبْلَ هَذَا، فَكَذَّبَ، لَمْ يَسْقُطِ الْحَدُّ، وَبِمَثْلِهِ يَسْقُطُ الْحَدُّ فِي السَّرِقَةِ؛ إِذْ يُقَطَّعُ بِطَلَبِ الْمَالِكِ؛ هَذَا فِي الْحُرِّ.

أَمَّا الْعَبْدُ، إِذَا أَقَرَّ بِسَّرِقَةٍ تُوجِبُ الْقَطْعَ، قُطِعَ، وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْمَالِ؟ فِيهِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا) أَنَّهُ يُقْبَلُ؛ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ.

(وَالثَّانِي): لَا.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يُقْبَلُ، إِنْ كَانَ الْمَسْرُوقُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ تَلَفَ، فَلَا.

(١) قال الرافعي: «وفي سقوط القطع قولان» الأشهر وجهان، وكذا حال قوله، ومن سقوط الغرم بالتبعية قولان فإذا حضر المسروق منه بعد شهادة الحسبة، وطلب قطع أي إذا سمعنا شهادة الحسبة في السرقة.

(وَالرَّابِعُ): أَنَّهُ يُقْبَلُ عَلَى الْمُتَلَفِ؛ إِذَا لَا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ إِلَّا قَدْرُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ.

وَأَمَّا الْأَعْيَانُ، فَقَبُولُ قَوْلِهِ فِيهِ إِضْرَارٌ بِالسَّيِّدِ.

وَلَوْ أَفَرَّ بِسَرِقَةٍ مَا دُونَ النَّصَابِ، لَمْ يُقْبَلْ فِي الْمَالِ عَلَى السَّيِّدِ قَطْعًا، وَلِلْقَاضِي أَنْ يُشِيرَ عَلَى السَّارِقِ؛ تَغْرِيزًا بِإِنْكَارِ السَّرِقَةِ، فَيَقُولُ: مَا إِحَالُكَ سَرَقْتَ، وَلَمْ يَصِحَّ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَسْرَقْتَ، قُلْ: لَا»، وَبَعْدَ الْإِقْرَارِ لَا يَحُثُّهُ عَلَى الرُّجُوعِ، وَإِنَّمَا السُّنُّ قَبْلَ الظُّهُورِ.

وَالْحُجَّةُ الثَّالِثَةُ لِلْسَّرِقَةِ الشَّهَادَةُ، وَتَثْبُتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، ثَبَّتَ الْغُرْمُ دُونَ الْقَطْعِ، وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى السَّرِقَةِ مُطْلَقًا، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ التَّفْصِيلِ؛ وَكَذَا شَهَادَةُ الزَّانَا، أَمَّا الْقَذْفُ الْمُطْلَقُ، فَمَوْجِبٌ لِلْحَدِّ، وَالْإِقْرَارُ بِالزَّانَا الْمُطْلَقِ فِيهِ خِلَافٌ.

وَإِذَا قَامَتْ شَهَادَةُ حَسْبَةِ عَلَى السَّرِقَةِ فِي غَيْبَةِ الْمَالِكِ، سُمِعَتْ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)؛ كَمَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَكِنَّ النَّصَّ أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ حَتَّى يَخْضُرَ، وَلَوْ قَامَتْ فِي الزَّانَا بِجَارِيَةٍ، حُدُّ دُونَ حُضُورِ الْمَالِكِ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالْقَطْعِ وَالْخُرُوجِ.

وَإِذَا خَضَرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ بَعْدَ شَهَادَةِ الْحَسْبَةِ، وَطَلَبَ، قُطِعَ، وَلَا تُسْتَأْنَفُ الشَّهَادَةُ لِأَجْلِ الْغُرْمِ^(١)، بَلْ يَنْبُتُ تَابِعًا، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُسْمَعُ فِي السَّرِقَةِ شَهَادَةُ الْحَسْبَةِ، فَيُعَادُ لِأَجْلِ الْمَالِ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُعَادُ لِأَجْلِ الْقَطْعِ، إِذَا سُمِعَ مَرَّةً، وَدَعَوَى السَّارِقِ أَلَمَلِكُ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ يَدْفَعُ الْقَطْعَ، إِنْ لَمْ يُكْذِبِ الشَّاهِدُ؛ بَأَن قَالَ: كَانَ قَدْ وَهَبَ مِنِّي قَبْلَ السَّرِقَةِ، وَالشَّاهِدُ اعْتَمَدَ الظَّاهِرَ، وَلَوْ نَفَى أَضَلَّ مِلْكُ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، وَقُلْنَا: لَيْسَ لَهُ تَخْلِيفُ الْمُدْعَى بَعْدَ الْبَيِّنَةِ، لَمْ يَنْدَفِعْ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ تَخْلِيفُهُ، اخْتَمَلَ دَفَعَ الْقَطْعِ.

(النَّظَرُ الثَّالِثُ: فِي الْوَاجِبِ)، وَهُوَ الْقَطْعُ، وَرَدُّ الْمَالِ، أَوْ الْغُرْمُ (ح م)، إِنْ كَانَ تَالِفًا، ثُمَّ يُقْطَعُ الْيُمْنَى مِنَ الْكُوعِ، فَإِنْ عَادَ، قُطِعَ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، فَإِنْ عَادَ، فَيَدُّهُ الْيُسْرَى (ح)، فَإِنْ عَادَ، فَرِجْلُهُ الْيُمْنَى (ح)، فَإِنْ عَادَ، عُزِّرَ، وَلَمْ يُقْتَلْ (و)، وَيُغْمَسُ مَحَلُّ الْقَطْعِ فِي الرَّبِيتِ الْمَغْلِي؛ لِتُخَسِّمَ السَّرَايَةَ، وَلَيْسَ (و) ذَلِكَ مِنَ الْحَدِّ؛ بَلْ نَظَرًا لِلْمَقْطُوعِ، وَعَلَيْهِ (و) مُؤَنَّتُهُ، وَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ، عَلَّقَ يَدَهُ فِي رَقَبَتِهِ ثَلَاثًا؛ لِلتَّنْكِيلِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى يَدِهِ أَضْبُعٌ زَائِدَةٌ، قَطَعْنَاهَا (و)، وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً أَوْ شَلَاءً، أَكْتَمَيْنَا (و) بِهَا مَا بَقِيَ أَضْبُعٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا الْكَفُّ، فَهَلْ يُقْنَعُ بِهِ أَمْ يُغْدَلُ إِلَى الرَّجْلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَنْ لَا يَمِينُ لَهُ، إِذَا سَرَقَ، قُطِعَ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، وَإِنْ سَرَقَ، فَسَقَطَ يُمْنَاهُ بِأَفَةٍ، سَقَطَ (و) الْحَدُّ، فَلَوْ بَادَرَ الْجَلَادُ، فَقَطَعَ الْيَدَ الْيُسْرَى عَمْدًا، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَالْحَدُّ بَاقٍ (ح)، وَإِنْ غَلَطَ سَقَطَ بِهِ الْحَدُّ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَوَجِبَتِ الدِّيَّةُ، وَبَقِيَ الْحَدُّ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْمِغْصَمِ كَفَّانِ، قَطَعْنَا

(١) قال الرافعي: «ولا تستأنف الشهادة لأجل الغرم» هذا وجه والأصح عند صاحب التهذيب وغيره أنها تستأنف؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال. [ت]

الأُصْلِيَّة، إِنْ أَمَكْنَ، وَإِلَّا قَطَعْنَاهُمَا.

(الْجِنَايَةُ السَّادِسَةُ: قَطْعُ الطَّرِيقِ)، وَالنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ:

(الْأَوَّلُ: صِفَتُهُمْ)، وَهِيَ الشُّوْكَةُ، وَالْبُعْدُ مِنَ الْغَوْثِ، وَمَنْ لَا شُوْكَةَ لَهُ، فَهُوَ مُخْتَلِسٌ، فَيَعَزُّزُ، وَمِنْ الشُّوْكَةِ أَنْ يَعْتَمِدَ الْقُوَّةَ فِي مُغَالَبَةِ الْمُسَافِرِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الذُّكُورَةُ (ح)، وَلَا شَهْرُ السَّلَاحِ (ح)، وَلَا الْعَدَدُ، بَلِ الْمَرَاةُ الْوَاحِدَةُ، لَوْ غَالَبَتْ بِفَضْلِ قُوَّةٍ، فَهِيَ قَاطِعَةُ طَرِيقٍ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ شُوْكَةً وَلَكِنْ اسْتَنْسَلَمَ الرِّفَاقُ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ تَقَاوَمَ الْفَرِيقَانِ، وَتَقَاتَلَا، فَأَخَذُوا الْمَالَ، فَهُمْ قُطَاعٌ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرُوا عَلَى اخْتِذِ الْمَالِ بَعْدَ الْمُقَاطَعَةِ، فَهُمْ قُطَاعٌ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، أَمَّا الْبُعْدُ عَنِ الْغَوْثِ، فَيُعْتَبَرُ؛ لِأَنَّهُ عَلَى قُرْبِ الْعُمَرَانِ يُعْتَمَدُ عَلَى الْهَرَبِ دُونَ الشُّوْكَةِ، إِلَّا أَنْ تَضْعُفَ قُوَّةُ السُّلْطَانِ، فَمَنْ أَخَذَ فِي الْبَلَدِ مَالًا بِالْمُغَالَبَةِ، فَهُوَ قَاطِعُ طَرِيقٍ (ح م)، وَلَوْ دَخَلَ دَارًا بِاللَّيْلِ، وَأَخَذَ الْمَالَ بِالْمُكَابَرَةِ، وَمَنَعَ مِنَ الْاسْتِغَاثَةِ فِي وَقْتِ قُوَّةِ السُّلْطَانِ، فَهُوَ سَارِقٌ، أَوْ قَاطِعُ طَرِيقٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي فِي الْعُقُوبَةِ)، فَإِنْ اقْتَصَرَ الْقَاطِعُ عَلَى اخْتِذِ نِصَابٍ، فَيُقَطَّعُ يَدُهُ الْيُمْنَى، وَرِجْلُهُ الْيُسْرَى فَإِنْ عَادَ قَطَعَتِ الْيَدُ الْيُسْرَى وَالرِّجْلُ الْيُمْنَى، وَلَا يُقَطَّعُ (و) فِيمَا دُونَ النِّصَابِ، وَسَوَاءٌ كَانَ النِّصَابُ لِوَاحِدٍ أَوْ لِجَمَاعَةٍ الرُّفْقَةِ.

وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى الْقَتْلِ الْمُجَرَّدِ، فَيَتَحَتَّمُ قَتْلُهُ، وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى الْإِزْعَابِ، وَكَانَ رِذَاءً فَلَا يَجِبُ (ح) إِلَّا التَّغْزِيرُ.

وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَخْذِ وَالْقَتْلِ، لَمْ يُقَطَّعْ (و)، لَكِنْ يُقْتَلُ وَيُغَسَّلُ وَيُصَلَّى (ح و م) عَلَيْهِ، ثُمَّ يُصَلَّبُ وَيُتْرَكُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ عَلَى قَوْلٍ^(١).

وَعَلَى قَوْلٍ حَتَّى يَتَهَرَّى.

وَفِيهِ وَجْهٌ^(٢)، أَنَّهُ يُصَلَّبُ، ثُمَّ يُقْتَلُ (و) بِتَرْكِه جَائِعًا؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَبِجِرَاحَةٍ مُدَقِّقَةٍ؛ عَلَى وَجْهِهِ، ثُمَّ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى (ح و) عَلَيْهِ بَعْدَ اسْتِنْزَالِهِ^(٣)، وَأَمَّا النَّفْيُ، فَغَيْرُ مَقْصُودٍ، وَلَكِنْ إِنْ هَرَبُوا، شَرَّدْنَاَهُمْ فِي الْبِلَادِ (ح) بِالْإِتْبَاعِ.

وَقِيلَ: هِيَ عُقُوبَةُ مَقْصُودَةٍ فِيمَنْ اقْتَصَرَ عَلَى الْإِزْعَابِ، فَيُنْفَى إِلَى بَلَدٍ، ثُمَّ يُقَرَّرُ بِهَا، أَوْ يُحْبَسُ.

(١) قال الرافعي: «ثم يُصَلَّبُ ويترك ثلاثة أيام على قول»: إن علق قوله على قول، بتقديم القتل على الصلب فذاك وإن علق بقوله: ويترك ثلاثة أيام فهو وجه لا قول. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وعلى قول حتى يتهرى وفيه وجه» لا قول، وفيه وجه أنه يقتل ثم يصلب هو قول لا وجه. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ثم يغسل ويصلى عليه بعد استنزاله» لا حاجة إليها فقد ذكر في الجناز من غسل قاطع الطريق والصلاة عليه مما يعني عما ذكره ها هنا. [ت]

وَقِيلَ: يُقْتَصَرُ عَلَى الثَّقِيِّ.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي حُكْمِ هَذِهِ الْمُقْبُورَةِ)، وَلَهَا حُكْمَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ يَنْقُطُ بِالتَّوْبَةِ قَبْلَ الظَّفَرِ، وَأَمَّا بَعْدُهُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ يَجْرِيَانِ فِي جَمِيعِ الْحُدُودِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ مَنْ ظَهَرَ تَقْوَاهُ، فَلَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحُدُودُ الْمَاضِيَّةُ، وَلَكِنَّ قَوْلَهُ عِنْدَ التَّغْرِيبِ؛ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ: «ثَبُتَ» لَا يُوَثِّقُ بِهِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُعْتَبَرَ مَعَهُ أَلَا سِتْرَاءُ وَصَلَاخُ الْحَالِ بِالْعَمَلِ، وَالْإِنْقَاطُ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ: «ثَبُتَ» بَعِيدٌ، ثُمَّ إِنَّمَا يَنْقُطُ بِالتَّوْبَةِ الْحَدُّ دُونَ الْقِصَاصِ وَالْغَزَمِ، وَيَنْقُطُ قَطْعُ الْيَدِ [ح] ^(١) وَالرَّجُلُ جَمِيعًا، وَإِنْ أَخَذَ نِصَابًا.

(الحُكْمُ الثَّانِي): أَنَّ الْقَتْلَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى؛ حَتَّى لَوْ عَفَا وَلِيُّ الدَّمِّ، قُتِلَ حَدًّا وَهَلْ يَثْبُتُ حَقُّ الْقِصَاصِ مَعَهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

فَإِنْ قُلْنَا: يَثْبُتُ، لَمْ يُقْتَلْ بِمَنْ لَيْسَ بِكُفٍّ، وَإِنْ مَاتَ بَقِيَتِ الدِّيَّةُ فِي تَرَكَّتِهِ، وَإِنْ قَتَلَ جَمَاعَةً، قُتِلَ بِوَاحِدٍ، وَلِلْآخَرِينَ الدِّيَّةُ، وَإِنْ عَفِيَ عَلَى مَالٍ، قُتِلَ حَدًّا، وَلَهُ الدِّيَّةُ، فَلَوْ تَابَ قَبْلَ الظَّفَرِ، لَمْ يَنْقُطِ الْقِصَاصُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ حَدٌّ مَخْضٌ، فَلَا مَذْخَلَ لِلدِّيَّةِ فِيهِ، وَلَا لِلْكَفَّارَةِ، وَلَا يَبْقَى قِصَاصٌ بَعْدَ التَّوْبَةِ.

(فُرُوعُ: الْأَوَّلُ) الْجُرْحُ السَّارِي يُوجِبُ قِتْلًا مُتَحْتَمًا، وَلَوْ قَطَعَ غَضْوًا، فَهَلْ يَتَحَتَّمُ قَطْعُهُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِبُ يَفْرُقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ مَا عُهِدَ حَدًّا، كَالْقَطْعِ، وَبَيْنَ مَا لَمْ يُعْهَدْ؛ كَالْجَدْعِ وَفَقْدِ الْعَيْنِ.

(الثَّانِي): أَنَّهُ يُوَالِي بَيْنَ قَطْعِ الْيَدِ وَالرَّجُلِ.

وَمَنْ اسْتَحَقَّ يَسَارُهُ بِالْقِصَاصِ، وَيَمِينُهُ بِالسَّرِقَةِ، قُدِّمَ الْقِصَاصُ، وَيُمْهَلُ؛ حَتَّى يَنْدِمَلَ، ثُمَّ يُقَطَّعُ الْيُسْرَى لِلْسَّرِقَةِ.

وَلَوْ اسْتَحَقَّ يَمِينُهُ بِالْقِصَاصِ، ثُمَّ قَطَعَ الطَّرِيقَ، قُطِعَ يَمِينُهُ لِلْقِصَاصِ؛ تَقْدِيمًا لِحَقِّ الْأَدَمِيِّ، وَقَطْعَ رِجْلِهِ مِنْ غَيْرِ إِمْهَالٍ (و)، لِأَنَّ الْمُوَالَاةَ مُسْتَحَقَّةٌ، لَوْ قُدِّرْنَا عَلَى قَطْعِ يَمِينِهِ حَدًّا.

(الثَّالِثُ): إِذَا اجْتَمَعَتْ عُقُوبَاتٌ لِلْآدَمِيِّينَ؛ كَحَدِّ الْقَذْفِ وَالْقَتْلِ، وَطَلَبُوا جَمِيعًا، جُلِدَ، ثُمَّ قُتِلَ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَحَقُّ الْقَتْلِ غَائِبًا، لَمْ يُبَادَرْ إِلَى الْقَطْعِ بَعْدَ الْجُلْدِ؛ خَوْفًا مِنَ الْهَلَاكِ بِالْمُوَالَاةِ، وَإِنْ أَخَّرَ مُسْتَحَقُّ الطَّرْفِ حَقَّهُ، اسْتَوْفِيَ الْجُلْدُ، وَتَعَدَّرَ الْقَتْلُ؛ إِذْ فِيهِ تَفْوِيتُ الْقَطْعِ، فَعَلَى مُسْتَحَقِّ الْقَتْلِ الصَّبْرُ أَبَدًا إِلَى أَنْ يَقَطَعَ مُسْتَحَقُّ الطَّرْفِ.

(الرَّابِعُ): إِذَا اجْتَمَعَ حُدُودٌ لِلَّهِ تَعَالَى؛ كَحَدِّ الشُّرْبِ، وَالْقَذْفِ، وَالزُّنَا، وَقَطَعَ السَّرِقَةَ، وَالْقَتْلَ، فَالْبِدَايَةُ بِالْأَخْفِ، ثُمَّ يُمْهَلُ إِلَى الْإِنْدِمَالِ، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ إِلَّا الْقَتْلُ، فَلَا إِمْهَالَ، وَلَوْ اجْتَمَعَ حَدُّ الْقَذْفِ وَحَدُّ الشُّرْبِ، قُدِّمَ حَدُّ الْقَذْفِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْأَدَمِيِّ، وَعَلَى وَجْهِ يُقَدَّمُ حَدُّ الشُّرْبِ؛ لِأَنَّهُ

أَخَفْتُ، وَمَنْ زَنَى، وَهُوَ بِكَرٍّ، ثُمَّ زَنَى، وَهُوَ ثَيِّبٌ، أُنْدَرَجَ جُلْدُهُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، تَحْتَ الرَّجْمِ^(١).

(الخَامِسُ): أَنَّ قَطَعَ الطَّرِيقَ يَنْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، وَلَوْ مِنَ الرُّفْقَةِ، إِذَا لَمْ يُضَيَّفُوا فِي الشَّهَادَةِ الْجَنَائَةِ إِلَى أَنْفُسِهِمْ؛ بَأَن يَقُولُوا: أَخَذَ مَالُ رُفَقَاتِنَا وَمَالَنَا.

(الْجَنَائَةُ السَّابِعَةُ: الشُّرْبُ)، وَالنَّظَرُ فِي الْمَوْجِبِ وَالْوَاجِبِ:

(أَمَّا الْمَوْجِبُ): فَكُلُّ مُلْتَزِمٍ شَرِبَ مَا اسْتَكْرَ جِنْهُهُ مُخْتَاراً (و) مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَعُذْرٍ، لَزِمَهُ الْحَدُّ؛ فَلَا حَدَّ عَلَى الْحَزْبِيِّ، وَالْمَجْنُونِ، وَالصَّبِيِّ، وَلَا يَجِبُ (و) عَلَى الذَّمِّيِّ أَيْضاً؛ لِأَنَّهُ لَا يَغْتَقَدُ تَخْرِيمَهُ، وَيَجِبُ عَلَى الْحَتْفِيِّ، إِذَا شَرِبَ التَّبِيدَ.

وَقِيلَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا.

وَيَجِبُ لِشُرْبِ التَّبِيدِ الْمُسَكَّرِ جِنْهُهُ، وَإِنْ قَلَّ (ح).

وَلَا يَجِبُ (و) عَلَى الْمُكْرَهِ، وَلَا عَلَى مَنْ (و) اضْطَرَّهُ الْعَطَشُ، أَوْ إِسَاعَةُ لُقْمَةٍ إِلَى شُرْبِ خَمْرٍ^(٢)؛ إِذْ يَجُوزُ لَهُ (و) ذَلِكَ.

وَلَا يَجُوزُ (و) التَّدَاوِي بِالْخَمْرِ، وَلَكِنْ يَنْقُطُ (و) الْحَدُّ بِهِ، وَيَجُوزُ التَّدَاوِي بِالْأَعْيَانِ النَّجَسَةِ وَالْمَجْنُونِ الَّذِي فِيهِ خَمْرٌ، وَلَا يَجِبُ عَلَى حَدِيثِ الْعَهْدِ، إِذَا لَمْ يَعْلَمْ التَّخْرِيمَ، فَإِنْ عَلِمَ وَلَمْ يَعْلَمْ وَجُوبَ الْحَدِّ، حَدٌّ، وَمَنْ شَرِبَهُ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ شَرَابٌ آخَرُ، فَلَا حَدَّ، وَلَوْ سَكَّرَ، فَهُوَ كَالْمُغْمَى عَلَيْهِ، فَلَا يَلْزِمُهُ قَضَاءُ الصَّلَاةِ، وَلَا يُحَدُّ مَا لَمْ يَظْهَرِ الْمَوْجِبُ لِلْقَاضِي بِشُرُوطِهِ، بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ إِقْرَارٍ، وَلَا يُعَوَّلُ عَلَى التَّكْهَةِ وَالزَّائِحَةِ، وَيَكْفِي أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ: شَرِبَ مُسَكِّراً، أَوْ شَرِبَ مَا شَرِبَ غَيْرُهُ، فَسَكَّرَ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْوَاجِبِ)، وَهُوَ أَزْبَعُونَ جُلْدَةً، وَلَوْ ضُرِبَ قَرِيباً مِنْ ذَلِكَ بِالتَّعَالِ، وَأَطْرَافِ الثِّيَابِ، كَفَى؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ رَأَى الْإِمَامُ أَنْ يُجْلَدَ ثَمَانِينَ، جَازَ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، وَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الثَّمَانِينَ أَصْلاً.

وَكَيْفِيَّةُ الْجُلْدِ: أَنْ يُضْرَبَ بِسَوْطٍ مُعْتَدِلٍ، أَوْ خَشَبَةٍ بَيْنَ الْقَضِيبِ وَالْعَصَا، وَبَيْنَ الرُّطُوبَةِ وَالْيَبُوسَةِ، وَلَا يَرْفَعُ يَدُهُ فَوْقَ الرَّأْسِ؛ حَتَّى لَا يَشْتَدَّ الْأَلَمُ، وَيُفَرِّقُهُ عَلَى جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ،

(١) قال الرافعي: «وَمَنْ زَنَا وَهُوَ بَكَرٌ ثُمَّ زَنَا وَهُوَ ثَيِّبٌ أُنْدَرَجَ جُلْدُهُ تَحْتَ الرَّجْمِ» الْأَصَحُّ عِنْدَ صَاحِبِ التَّهْذِيبِ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ لَا يَنْدَرَجُ. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وَلَا عَلَى مَنْ اضْطَرَّهُ الْعَطَشُ أَوْ إِسَاعَةُ لُقْمَةٍ إِلَى شُرْبِ الْخَمْرِ» الْأَظْهَرُ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الشُّرْبُ لِدَفْعِ الْعَطَشِ.

[وَلَا يَبْقَى الرَّأْسُ] ^(١) (ح)، وَلَا يُشَدُّ يَدُ الْمَجْلُودِ؛ لِيَتَقَيَّ بِيَدِهِ، وَلَا يَتَلَّ لَوَجْهِهِ، وَلَا يَكْبُ، بَلْ يُجْلَدُ الرَّجُلُ قَائِمًا، وَالْمَرْأَةُ جَالِسَةً، وَثِيَابُهَا مَلْفُوفَةٌ عَلَيْهَا، وَيُؤَالَى بَيْنَ الضَّرْبِ، وَلَا يُفَرَّقُ عَلَى الْأَيَّامِ تَفْرِيقًا يَقَعُ اللَّاحِقُ بَعْدَ زَوَالِ أَلَمِ السَّابِقِ.

هَذِهِ هِيَ الْجَنَائِبَاتُ الْمُوجِبَةُ لِلْحَدِّ، وَمَا عَدَاهَا وَمُقَدِّمَاتُهَا، فَيُوجِبُ التَّعْزِيرَ، (وَالنَّظْرُ فِي التَّعْزِيرِ) فِي قَدْرِهِ وَمُوجِبِهِ وَمُسْتَوْفِيهِ:

(أَمَّا مُوجِبُهُ)، فَهُوَ كُلُّ مَا يَعْصِي بِهِ الْعَبْدُ رَبَّهُ؛ مِنْ جَنَائِذٍ عَلَى حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، أَوْ حَقِّ الْآدَمِيِّ. (أَمَّا قَدْرُهُ)، فَلَا يَتَقَدَّرُ أَقْلُهُ، وَأَكْثَرُهُ،

وَقِيلَ: إِنَّهُ يُحْطُ عَنْ عِشْرِينَ جَلْدَةً، وَهُوَ أَقَلُّ مَا يَجِبُ فِي الْحُدُودِ، وَهُوَ حَدُّ شُرْبِ الْعَبْدِ.

وَقِيلَ: بَلْ تَعْزِيرُ الْحُرِّ إِنَّمَا يُحْطُ (م) عَنْ حَدِّهِ، وَهُوَ الْأَرْبَعُونَ.

وَقِيلَ: تَعْزِيرُ مُقَدِّمَاتِ الزَّنَا، إِنَّمَا يُحْطُ (م) عَنْ حَدِّ الزَّنَا، لِأَعْنِ حَدَّ الشُّرْبِ وَالْقَذْفِ.

وَقِيلَ: لَا يَزَادُ عَلَى عَشْرَةٍ؛ لَوْزُودَ خَبَرٍ فِيهِ صَحَّحَهُ بَعْضُ الْأَئِمَّةِ ^(٢)، وَلَا يَجُوزُ (م) أَنْ يُقْتَلَ فِي

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «لورود خبر فيه صححه بعض الأئمة» أورد البخاري في الصحيح عن عبد الله بن يوسف عن

الليث عن يزيد بن أبي حبيب عن بكير بن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبي بردة قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جُلْدَاتٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى» وأخرجه مسلم عن أحمد بن عيسى عن ابن وهب عن عمر وعن بُكَيْرٍ وأراد بقوله: «صححه بعض الأئمة» صاحب «التقريب»، والحديث أظهر من أن يُضَافَ تصحيحه إلى فرد من الأئمة. [ت]

والحديث أخرجه البخاري (١٨٢/١٢) كتاب الحدود، باب كم التعزير والأدب حديث (٦٨٤٨). وأبو داود (٥٧٣/٢) كتاب الحدود، باب في التعزير حديث (٤٤٩١). والترمذي (٥١/٤) كتاب الحدود، باب ما جاء في التعزير حديث (١٤٦٣). وابن ماجه (٨٦٧/٢) كتاب الحدود، باب التعزير حديث (٢٦٠١). وأحمد (٤٦٦/٣، ٤٥٠/٤). والدارمي (١٧٦/٢) كتاب الحدود، باب التعزير في الذنوب. والطحاوي في «مشكل الآثار» (١٦٤/٣). وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٨٥٠). والبيهقي (٣٢٧/٨). والبخاري في «شرح السنة» (٥٠١/٥ - بتحقيقنا) كلهم من طريق يزيد بن أبي حبيب عن بكير بن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله عن أبي بردة كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «لَا يَجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جُلْدَاتٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ».

وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث بكير بن الأشج وقد اختلف أهل العلم في التعزير وأحسن شيء روي في التعزير هذا الحديث. قال: وقد روى ابن لهيعة عن بكير فأخطأ فيه وقال عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو خطأ والصحيح حديث الليث بن سعد إنما هو عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله عن أبي بردة بن نيار عن النبي صلى الله عليه وسلم. أ.هـ.

وكلام الترمذي فيه نظر فقد تابع ابن لهيعة عمرو بن الحارث على روايته الحديث عن بكير عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن أبي بردة به أخرجه البخاري (١٨٣/١٢) كتاب =

(وَأَمَّا الْمُسْتَوْفِي)، فَهُوَ الْإِمَامُ وَالْأَبُ وَالسَّيِّدُ وَالزَّوْجُ، لَكِنَّ الْأَبَ يُؤَدَّبُ الصَّغِيرَ دُونَ الْكَبِيرِ،

الحدود: باب كم التعزير والأدب حديث (٦٨٥٠)، ومسلم (١٣٣٢/٣) كتاب الحدود، باب قدر أسواط التعزير حديث (١٧٠٨/٤٠). وأبو داود (٥٧٤/٢) كتاب الحدود، باب في التعزير حديث (٤٤٩٢). والدارقطني (٢٠٧/٣ - ٢٠٨). والحاكم (٣٦٩/٤ - ٣٧٠). والبيهقي (٣٢٧/٨) كلهم من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن أبي بردة بن نيار به.

وقد مال أبو حاتم الرازي إلى تصحيح الطريقين الطريق الذي ذكر فيه جابر والطريق الآخر الذي لم يذكر فيه فقال ولده في «العلل» (٤٥١/١ - ٤٥٢) رقم (١٣٥٦).

سألت أبي عن حديث رواه الليث عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبي بردة بن نيار عن النبي ﷺ قال «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله». قال أبي رواه ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن أبي بردة بن نيار عن النبي ﷺ قال «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد» قال أبي رواه حفص بن ميسرة عن مسلم بن أبي مريم عن ابن جابر عن جابر عن النبي ﷺ قلت لأبي أيهما أصح قال حديث عمرو بن الحارث لأن نفسيين قد اتفقا على أبي بردة بن نيار قصد أحدهما ذكر جابر وحفظ الآخر جابراً.

وقد رجح الحافظ ابن حجر في «الفتح» (١٨٤/١٢) صحة الطريقين فقال رحمه الله: وهل بين عبد الرحمن وأبي بردة واسطة وهو جابر أو لا؟ الراجح الثاني أيضاً، وقد ذكر الدارقطني في «العلل» الاختلاف ثم قال: القول قول الليث ومن تابعه، وخالف ذلك في جميع كتاب التتبع فقال: القول قول عمرو بن الحارث وقد تابعه أسامة بن زيد. قلت: ولم يقدح هذا الاختلاف عن الشيخين في صحة الحديث فإنه كيفما دار يدور على ثقة، ويحتمل أن يكون عبد الرحمن وقع له فيه ما وقع لبكير بن الأشج في تحديث عبد الرحمن بن جابر لسليمان بحضرة بكير ثم تحديث سليمان بكيراً به عن عبد الرحمن، أو أن عبد الرحمن سمع أبا بردة لما حدث به أباه وثبته فيه أبوه فحدث به تارة بواسطة أبيه وتارة بغير واسطة، وادعى الأصيلي أن الحديث مضطرب فلا يحتج به لاضطرابه، وتعقب بأن عبد الرحمن ثقة فقد صرح بسماعه، وإبهام الصحابي لا يضر، وقد اتفق الشيخان على تصحيحه وهما العمدة في التصحيح، وقد وجدت له شاهداً بسند قوي لكنه مرسل أخرجه الحارث بن أبي أسامة من رواية عبد الله بن أبي بكر بن الحارث بن هشام رفعه «لا يحل أن يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد» وله شاهد آخر عن أبي هريرة عند ابن ماجه ستأتي الإشارة إليه. أما الشاهد الذي أشار إليه الحافظ عن أبي هريرة.

أخرجه ابن ماجه (٨٦٧/٢ - ٨٦٨) كتاب الحدود، باب التعزير، حديث (٢٦٠٢). من طريق عباد بن كثير عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تعزروا فوق عشرة أسواط».

قال البوصيري في «الزوائد» (٣٢٢/٢): هذا إسناد ضعيف عباد بن كثير الثقي قال فيه أحمد بن حنبل: روى أحاديث كذب لم يسمعها، وقال البخاري: تركوه، وقال أبو حاتم: ضعيف الحديث وفي حديثه عن الثقات نكارة وقال النسائي: متروك الحديث وقال العجلي: ضعيف متروك الحديث.

وَمُعَلَّمُهُ أَيْضاً يُؤَدِّبُ بِإِذْنِهِ، وَالزَّوْجُ يُعَزَّرُ عَلَى التُّشْوَرِ، وَالسَّيِّدُ يُعَزَّرُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَفِي حَقِّ (و) اللَّهِ تَعَالَى، وَالزَّوْجُ لَا يُعَزَّرُ إِلَّا فِي التُّشْوَرِ، وَالتَّغْزِيرُ جَائِزٌ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ، فَإِنْ سَرَى، ضَمِنَ (ح م) عَاقِلَةُ الْمُعَزَّرِ بِخِلَافِ الْحَدِّ، فَلَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ لَا تَتْرُكُ التُّشْوَرَ إِلَّا بِضَرْبٍ مَخُوفٍ، لَمْ يَجُزْ تَغْزِيرُهَا أَضَلًّا، وَأَمَّا أَضَلُّ الْوُجُوبِ، فَهُوَ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ، وَقَدْ يَرَى الصَّوَابَ فِي الْعَفْوِ وَالْاِقْتِصَارِ عَلَى التَّوْبِيخِ بِالْكَلَامِ، فَلَهُ ذَلِكَ فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، أَمَّا فِي حَقِّ الْآدَمِيِّ، فَلَيْسَ لَهُ الْإِهْمَالُ مَعَ الطَّلَبِ، وَلَكِنْ هَلْ يَجُوزُ لَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى التَّوْبِيخِ بِاللِّسَانِ دُونَ الضَّرْبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ عَفَا الْمُسْتَحِقُّ لِلْعُقُوبَةِ، فَهَلْ لِلْإِمَامِ التَّغْزِيرُ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ الْعَفْوِ عَنِ الْحَدِّ، وَالتَّغْزِيرِ، لِأَنَّ أَضَلَّ التَّغْزِيرِ مَنْوُطٌ بِرَأْيِ الْإِمَامِ، فَيَجُوزُ أَلَّا يَسْقُطَ بَعْفُو غَيْرِهِ بِخِلَافِ الْحَدِّ.

(كِتَابُ مُوجِبَاتِ الضَّمَانِ)

وَالنَّظَرُ فِي ضَمَانِ الْوَلَاةِ، وَالصَّائِلِ، وَإِتْلَافِ الْبَهَائِمِ:
 (النَّظَرُ الْأَوَّلُ: فِي الْوَلَاةِ)، وَإِلَى الْإِمَامِ تَغْزِيرُ، وَحَدُّ، وَأَسْتِضْلَاحُ.
 (أَمَّا التَّغْزِيرُ:)، إِذَا سَرَى، فَيَجِبُ (ح) ضَمَانُهُ عَلَى كُلِّ مُعْزِرٍ.
 (وَأَمَّا الْحُدُودُ الْمُقَدَّرَةُ)، فَمَنْ مَاتَ بِهَا، فَالْحَقُّ قَبْلَهُ، فَلَا ضَمَانَ، وَمَنْ مَاتَ بِشِمَانَيْنِ جَلْدَةً فِي
 حَقِّ الشُّرْبِ، فَمَضْمُونٌ (ح) نِصْفُهُ، وَإِنْ مَاتَ بِأَحَدٍ وَأَرْبَعِينَ، فَعَلَى قَوْلٍ يُضْمَنُ نِصْفُهُ.
 وَعَلَى قَوْلٍ جُزْءٌ مِنْ وَاحِدٍ وَأَرْبَعِينَ.
 وَلَوْ مَاتَ مِنْ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً، فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ^(١)؛ لِتَفْدِيرِ الصَّحَابَةِ بِهِ^(٢)، وَلَوْ مَاتَ

(١) قال الرافعي: «وإن مات من أربعين جلدة، فلا ضمان على أظهر القولين» قيل: هما وجهان لا قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلا ضمان لتعديل الصحابة، رضي الله عنهم» روى البخاري عن آدم بن أبي إياس عن شعبة عن قتادة عن أنس أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «ضرب في الخمر بالجريد والثعل» وجلد أبو بكر أربعين.

رواه مسلم، عن محمد بن المثنى عن محمد بن جعفر عن شعبة. [ت]

والحديث أخرجه البخاري (٦٤/١٢) كتاب الحدود، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر (٦٧٧٣). ومسلم (١٣٣٠/٣) كتاب الحدود، باب حد الخمر حديث (١٧٠٦/٣٥). وأبو داود (٥٦٩/٢) كتاب الحدود، باب ما في الحد في الخمر حديث (٤٤٧٩). والترمذي (٣٨/٤) كتاب الحدود، باب ما جاء في حد السكران حديث (١٤٤٣). وابن ماجه (٨٥٨/٢) كتاب الحدود، باب حد السكران حديث (٢٥٧٠). والدارمي (١٧٥/٢) كتاب الحدود، باب في حد الخمر. وأحمد (١١٥/٣)، ١٧٦، (١٨٠). والطيالسي (٣٠٢/١ - منحة) رقم (١٥٣٨). وأبو يعلى (٢٧٥/٥) رقم (٢٨٩٤) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٨٢٩). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٥٧/٣) باب حد الخمر. والبيهقي (٣١٩/٨) كتاب الحدود والحد فيها، كلهم من طريق قتادة عن أنس به.

وقال الترمذي: حديث أنس حديث حسن صحيح.

والحديث أخرجه البغوي في «شرح السنة» (٤٩٤/٥ - بتحقيقنا) من طريق البخاري حدثنا آدم بن أبي إياس حدثنا شعبة عن قتادة عن أنس به.

وقال أيضاً: ويروى أن أبا بكر سأل مَنْ حضر المضروب في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فَقَوَّمَهُ أربعين، فضرب أبو بكر أربعين في الخمر حياته، ثم عمر حتى تتابع الناس في الخمر، فاستشار فضرب ثمانين». [ت]

والحديث أخرجه أبو داود (٦٢٨/٤) كتاب الحدود، باب إذا تتابع في شرب الخمر حديث (٤٤٨٩). والشافعي (٩٠/٢) كتاب الحدود، باب حد الشرب حديث (٢٩٢). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٥٦/٣) كتاب الحدود: باب حد الخمر. والحاكم (٣٧٥/٤) كتاب الحدود، باب كان =

مِنَ الضَّرْبِ بِالتُّعَالِ وَأَطْرَافِ الثَّيَابِ قَرِيباً مِنْ أَرْبَعِينَ، فَلَا ضَمَانَ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، وَلَوْ أَمَرَ
الْجَلَادُ فِي الشَّرْبِ بِثَمَانِينَ، فَضَرَبَ أَحَدًا وَثَمَانِينَ، فَفِي قَوْلِ يَجِبُ شَطْرُ الدِّيَةِ عَلَى الْإِمَامِ وَالْجَلَادِ
بِالسَّوَاءِ.

وَفِي قَوْلِ: يَجِبُ الثَّلَاثَانِ عَلَيْهِمَا بِالسَّوَاءِ.

وَفِي قَوْلِ: يَجِبُ عَلَى الْجَلَادِ جُزْءٌ مِنْ وَاحِدٍ وَثَمَانِينَ، وَعَلَى الْإِمَامِ أَرْبَعُونَ مِنْ وَاحِدٍ
وَتَمَانِينَ.

(وَأَمَّا الْأَسْتِضْلَاحُ)، فَهُوَ يَقْطَعُ سِلْعَةً^(١) أَوْ خِتَانٍ، وَيَجُوزُ لِلْعَاقِلِ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ نَفْسِهِ سِلْعَةً، إِنْ
لَمْ يَكُنْ فِيهَا خَطَرٌ؛ لِإِزَالَةِ شَيْنٍ، وَإِنْ كَانَ خَطَرٌ، لَمْ يَجُزْ لِلشَّيْنِ، وَيَجُوزُ (و)؛ لِخَوْفِ الْهَلَاكِ، إِنْ
كَانَ الْقَطْعُ أَرْجَى لِلْسَّلَامَةِ بِالظَّنِّ الْغَالِبِ، فَإِنْ تَسَاوَى خَطَرُ التَّرَكِّ وَالْقَطْعِ، فَوَجْهَانِ، وَمَنْ بِهِ أَلَمٌ لَا
يُطِيقُهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَهْلِكَ نَفْسُهُ إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي نَارٍ يَظُنُّ أَنَّهُ لَا يَنْجُو مِنْهُ إِلَّا بِإِغْرَاقِ نَفْسِهِ، وَالْعَرَقُ
مُهِلِّكٌ، فَلَهُ ذَلِكَ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، وَلِلْأَبِ (و) أَنْ يَقْطَعَ مِنَ الصَّغِيرِ مَا لِلْعَاقِلِ أَنْ يَفْعَلَ بِنَفْسِهِ،
وَلَيْسَ لِلْسلْطَانِ ذَلِكَ؛ كَمَا لَيْسَ لَهُ الْإِجْبَارُ فِي النِّكَاحِ، نَعَمْ لِلْسلْطَانِ فَضْدُ الصَّغِيرِ وَحِجَامَتُهُ وَمَا لَا
خَطَرَ فِيهِ، فَإِنْ سَرَى مَا لَمْ يَجُزْ، فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي خَاصِّ (و) مَالِهِ، لَا عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَفِي الْقَوْدِ
قَوْلَانِ، وَحَيْثُ يَجُوزُ الْقَطْعُ، فَلَا يَضْمَنُ الْوَلِيُّ بِسِرَايَتِهِ؛ كَالْفَضْدِ وَالْحِجَامَةِ وَالْخِتَانِ، وَقَطْعِ السِّلْعَةِ؛
بِخِلَافِ التَّغْزِيرِ.

وَالْخِتَانُ وَاجِبٌ (ح م) فِي الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَهُوَ قَطْعُ الْقُلْفَةِ مِنَ الرَّجُلِ، وَمِنَ الْمَرْأَةِ مَا يَنْطَلِقُ
عَلَيْهِ الْاسْمُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَالْأَوَّلَى (و) تَقْدِيمُهُ لِلْسَّهُولَةِ.

وَالْبَالِغُ إِذَا أَمْتَنَعَ، فَلِلْسلْطَانِ قَهْرُهُ بِالْخِتَانِ؛ هَذَا كُلُّهُ فِي الْمَوْجِبِ.

(أَمَّا مَحَلُّ) الضَّمَانِ، فَالْإِمَامُ فِيهِ كَالْأَجَانِبِ فِيمَا يَتَعَدَّى بِهِ.

أَمَّا مَا يُخْطِئُ بِهِ فِي الْحُكْمِ، فَيَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ عَلَى قَوْلِ.

وَعَلَى بَيْتِ مَالِهِ؛ عَلَى قَوْلِ.

= الشارب يضرب بالأيدي والتعالي. والبيهقي (٨/ ٣٢٠) كتاب الأشربة، باب عدد حد الخمر، عن
عبد الرحمن بن أذهر قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم غداة الفتح وأنا غلام شاب يتخلل الناس
يسأل عن منزل خالد بن الوليد فأثنى بشارب فأمرهم فضربوه بما في أيديهم فمنهم من ضربه بالسوط ومنهم
من ضربه بعضا ومنهم من ضربه بنعليه وحتى رسول الله ﷺ التراب فلما كان أبو بكر فسألهم عن ضرب
النبي صلى الله عليه وسلم الذي ضرب فحزروه أربعين فضرب أبو بكر أربعين.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(١) السلعة: خراج كهينة الغدة تتحرك بالتحريك. قال الأطباء: هي ورم غليظ غير ملتزق باللحم يتحرك عند
تحريكه وله غلاف. وتقبل التزديد لأنها خارجة عن اللحم ولهذا قال الفقهاء يجوز قطعها عند الأمن.

ينظر المصباح المنير ص (٢٨٥)

وَفِي الْكَفَّارَةِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانٍ، وَأَوَّلَىٰ بِأَلَّا يَجِبَ عَلَىٰ بَيْتِ الْمَالِ.

وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِيمَا لَوْ ضَرَبَ ثَمَانِينَ فِي الشَّرْبِ بِالْأَجْنِهَادِ، وَلَا يَجْرِي (و) إِذَا أَقَامَ الْحَدَّ عَلَى حَامِلٍ، فَأَجْهَضَتْ، بَلِ الْغُرَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ لِأَنَّهُ عُدْوَانٌ، وَلَوْ أَخْطَأَ بِالْقَضَاءِ بِشَهَادَةِ ذَمَّيْنِ، أَوْ عَبْدَيْنِ، أَوْ فَاسِقَيْنِ مُقْصِرًا فِي الْبَحْثِ، فَالضَّمَانُ لَا يَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَإِنْ لَمْ يُقْصَرَ، جَرَى الْقَوْلَانِ، وَيُجْعَلُ الشَّاهِدُ كَالْغَارِ عَلَى وَجْهِ؛ حَتَّى يُخْرَجَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِالضَّمَانِ؛ عَلَى قَوْلِي الْغُرُورِ، ثُمَّ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدَيْنِ، أَوْ بِذِمَّتَيْهِمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي الرُّجُوعِ عَلَى الْمُرَاهِقَيْنِ وَجْهَانِ، وَفِي الرُّجُوعِ عَلَى الْفَاسِقَيْنِ، إِنْ رَأَيْنَا نَقْضَ الْحُكْمِ بِظُهُورِ الْفُسْقِ بَعْدَ الْقَضَاءِ - ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُرْجَعُ فِي الثَّلَاثِ عَلَى الْمُبَاهِرِ دُونَ الْمُكَاتِمِ.

وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْجَلَادِ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونُ الْإِمَامِ، وَلَا عَلَى الْحَجَّامِ، إِذَا قَطَعَ سِلْعَةً بِالْإِذْنِ أَوْ فَصَدَ، وَلَوْ قَطَعَ بِالْإِذْنِ يَدًا صَحِيحَةً، فَقَبِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ^(١)، وَلَوْ قَتَلَ الْجَلَادُ (و) الشَّفْعَوِيَّ^(٢) حُرًّا بِعَبْدٍ بِإِذْنِ الْإِمَامِ الْحَقَنِيِّ، فَقَبِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي دَفْعِ الصَّائِلِ) فِي الْمَذْفُوعِ، وَالْمَذْفُوعِ عَنْهُ وَالِدَفْعِ.

(أَمَّا الْمَذْفُوعُ)، فَكُلُّ مَنْ يُخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكُ، فَدَفْعٌ، فَهُوَ هَدَرٌ؛ حَتَّى الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ، إِذَا صَلَاةً؛ وَكَذَا الْبَهِيمَةُ، وَفِي ضَمَانِ الْجَزَةِ الْمُطْلَعةِ عَلَى الرَّأْسِ، إِذَا كُسِرَتْ بِالِدَفْعِ وَجْهَانِ، وَكَذَا فِي دَفْعِ بَهِيمَةٍ حَالَ بَيْنَ الرَّجُلِ الْجَائِعِ وَبَيْنَ طَعَامِهِ فِي بَيْتٍ، وَالْجَائِعُ الْمُضْطَرُّ إِلَى طَعَامِ الْغَيْرِ يَأْكُلُ وَيَضْمَنُ، وَدَفْعُ الصَّائِلِ الْكَافِرِ أَوْ الْبَهِيمَةِ وَاجِبٌ، فَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا، فَقَبِي جَوَازِ الْأَسْتِسْلَامِ قَوْلَانِ^(٣).

وَفِي دَفْعِ الْمَجْنُونِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانٍ، وَأَوَّلَىٰ بِوُجُوبِ الدَّفْعِ.

(أَمَّا الْمَذْفُوعُ عَنْهُ)، فَكُلُّ مَعْصُومٍ مِنْ نَفْسٍ وَبُضْعٍ وَمَالٍ، وَإِنْ قَلَّ، وَإِنْ قَدَّرَ عَلَى الدَّفْعِ عَنْ غَيْرِهِ، قِيلَ فِي الْوُجُوبِ قَوْلَانِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ، إِذَا لَا مَعْنَى لِلْإِثَارِ هَلُكًا؛ كَمَا فِي نَفْسِهِ.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ؛ لِأَنَّ شَهْرَ السَّلَاحِ فِي الْحِسْبَةِ إِلَى السُّلْطَانِ؛ وَكَذَا الدَّفْعُ بِالسَّلَاحِ عَنْ شُرْبِ الْخَمْرِ وَالْمَعَاصِي، قِيلَ: يَجِبُ.

(١) قال الرافعي: «ولو قطع بالإذن يداً صحيحة ففي الضمان وجهان» أي فسرى إلى النفس، ففي ضمان النفس خلاف والمشهور من الخلاف في المسألة قولان. [ت]

وقال أيضاً «ولو قطع بالإذن يداً صحيحة ففي الضمان وجهان» أي تسرى، وفي ضمان السراية والمسألة مذكورة مرة في باب العفو. [ت]

(٢) قوله الشفعوي: صفة للجلاد أي الشافعي المذهب قال في المصباح وقول العامة شفعوي خطأ لعدم السماع ومخالفة القياس ينظر المصباح المنير ص (٣١٧)

(٣) قال الرافعي: «فإن كان مسلماً ففي جواز الاستسلام قولان» قيل: فيه وجهان. [ت]

وَقِيلَ: يَخْرُومُ لِغَيْرِ السُّلْطَانِ؛ خَوْفًا مِنَ الْفِتْنَةِ.

(أَمَّا كَفَيْتُهُ الدَّفْعَ)، فَإِنْ يَبْدَأُ بِالْكَلَامِ، ثُمَّ بِالضَّرْبِ، ثُمَّ بِالْجَرْحِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ فَيَدْفَعُ بِمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ فَإِنْ رَأَى مَنْ يَزِينُ بِزَوْجَتِهِ، دَفَعَهُ، فَإِنْ هَرَبَ، فَقَتَلَهُ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، إِنْ لَمْ يَكُنِ الرَّائِي مُخَصَّنًا.

وَلَوْ قَدَّرَ الْمَصُولُ عَلَيْهِ عَلَى الْهَرَبِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ الدَّفْعُ بِالْجِرَاحِ عَلَى الْأَظْهَرِ (و).

وَلَوْ عَصَى يَدُهُ، فَسَلَّ الْيَدَ؛ حَتَّى نَدَرَتْ^(١) أَسْنَانُهُ، فَلَا ضَمَانَ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ، فَلَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِمَا يَقْدِرُ، وَلَا يَتَعَيَّنْ (و) قَصْدُ الْعُضْوِ الْجَانِي، وَإِذَا نَظَرَ إِلَى حَرَمِ إِنْسَانٍ فِي كُوَّةٍ أَوْ صَائِرِ بَابٍ، جَازَ أَنْ يَقْصِدَ عَيْنَهُ بِمِدْرَاةٍ أَوْ بُنْدُقَةٍ مِنْ غَيْرِ إِنْذَارٍ، فَإِنْ عَمِيَ، فَلَا ضَمَانَ (ح م)، وَيَجِبُ تَقْدِيمُ الْإِنْذَارِ فِي كُلِّ دَفْعٍ، إِلَّا هَلْهُنَا (و)؛ لِلْخَبَرِ^(٢).

(١) ندر: نذر الشيء ندوراً أو سقط من غيره ينظر المصباح المنير ص (٥٩٧)

(٢) قال الرافعي: «ويجب تقديم الإنذار في كل دفع إلا هاهنا للخبر».

أراد به ما روى البخاري ومسلم عن قتيبة عن الليث عن ابن شهاب عن سهل بن سعد أن رجلاً أطلع على النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو في الحجرة وفي يده مدرة فقال: «لو علمت أنه ينظر لطعنت بها في عينه». [ت]

والحديث أخرجه البخاري (٢٥٣/١٢) كتاب الديات، باب، من اطلع في بيت قوم ففقاؤا عينه فلا دية له حديث (٦٩٠١). ومسلم (١٦٩٨/٣) كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره حديث (٢١٥٦/٤٠). من طريق قتيبة بن سعيد حدثنا ليث عن الزهري أن سهل بن سعد أخبره أن رجلاً أطلع في حُجْرٍ في باب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع رسول الله صلى الله عليه وسلم مدرى يحك بها رأسه فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لو أعلم أنك تنتظرني لطعنت بها في عينك.. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنما جعل الإذن من أجل البصر.

وأخرجه البخاري (٣٧٩/١٠) كتاب اللباس، باب الامتناع حديث (٥٩٢٤)، (٢٦/١١) كتاب الاستئذان، باب الاستئذان من أجل البصر حديث (٦٢٤١). ومسلم (١٦٩٨/٣) كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره حديث (٢١٥٦/٤١). والترمذي (٦١/٥) كتاب الاستئذان، باب من اطلع من دار قوم بغير إذنهم حديث (٢٧٠٩). وأحمد (٣٣٠/٥)، (٣٣٥ - ٣٣٤). وعبد الرزاق (٣٨٣/١٠) رقم (١٩٤٣١). والدارمي (١٩٧/٢ - ١٩٨). والحميدي (٤١٢/٢) رقم (٩٢٤) وعبد بن حميد في «المنتخب من المسند» (ص - ١٦٦) رقم (٤٤٨). وأبو يعلى (٤٩٩/١٣ - ٥٠٠) رقم (٧٥١٠). وابن النبي في «عمل اليوم والليلة» رقم (٦٥٩). والبيهقي (٣٣٨/٨). والبغوي في «شرح السنة» (٤٤١/٥ - بتحقيقنا) كلهم من طريق الزهري عن سهل بن سعد الساعدي به.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح وللحديث شاهد من حديث أنس.

أخرجه البخاري (٢٦/١١) كتاب الاستئذان. باب الاستئذان من أجل البصر حديث (٦٢٤٢). ومسلم (١٦٩٩/٣) كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره حديث (٢١٥٧). وأبو داود (٧٦٤/٢ - ٧٦٥) كتاب الأدب، باب في الاستئذان حديث (٥١٧١).

وأحمد (٢٣٩/٣، ٢٤٢). والطيالسي (٣٦٣/١ - منحة) رقم (١٨٧٣) من طريق حماد بن زيد عن =

وَلَا يُلْحَقُ (و) قَضْدُ الْأُذُنِ عِنْدَ السَّمْعِ بِهِ، وَلَا يُرْسَقُ النَّاطِرُ بِالشَّابِ، وَلَا يَجُوزُ قَضْدُ عَيْنِهِ، إِنْ كَانَ لِلنَّاطِرِ حَرَمٌ فِي الدَّارِ، وَلَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الدَّارِ أَمْرًا أَضَلًّا، فَإِنْ كَانَتْ أَمْرًا مُسْتَرَةً، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ الْبَابُ مَفْتُوحًا، لَمْ يَجُزْ قَضْدُ عَيْنِهِ، إِلَّا بِالْإِنْذَارِ.

(النَّظَرُ الثَّلَاثُ فِيمَا تُثْلِفُهُ الْبَهَائِمُ) وَمَا أَكَلَتْهُ الْبَهَائِمُ مِنْ وَمَا أَكَلَتْهُ الْبَهَائِمُ، الْمَزَارِعَ بِالنَّهَارِ، فَلَا ضَمَانَ، وَبِاللَّيْلِ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى رَبِّ الْبَهِيمَةِ، إِلَّا أَنْ يَأْكُلَ مِنَ الْبُسْتَانِ، وَبَابُهُ مَفْتُوحٌ بِاللَّيْلِ، فَإِنَّ التَّقْصِيرَ مِنْ رَبِّ الْبُسْتَانِ، وَلَوْ سَرَّحَ فِي جَوَارِ الْمَزَارِعِ، مَعَ اتِّسَاعِ الْمَزَاعِي، ضَمِنَ (و)؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ، وَحِفْظُ الْمَزَارِعِ بِالنَّهَارِ عَلَى مَالِكِهَا، وَحِفْظُ الْبَهِيمَةِ بِاللَّيْلِ عَلَى مَالِكِهَا، وَمَنْ أَخْرَجَ الْبَهِيمَةَ مِنْ مِلْكِ نَفْسِهِ إِلَى مِلْكِ جَارِهِ، ضَمِنَ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ الْإِخْرَاجُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى، فَعَلَيْهِ الصَّبْرُ وَطَلَبُ الضَّمَانِ مِنْ رَبِّ الْبَهِيمَةِ، أَمَّا مَا تُثْلِفُهُ الْبَهِيمَةُ فِي الطَّرِيقِ، وَمَعَهَا مَالِكُهَا يَخْبِطُهَا أَوْ رُمْحُهَا (ح) أَوْ عَضَّهَا، فَالضَّمَانُ عَلَى صَاحِبِهَا (ح)، دُونَ مَا يَقْرُ بِرَشَاشِ الْوَحْلِ، وَانْتِشَارِ الْغُبَارِ، إِلَّا مَا يَخْرُجُ عَنِ الْعَادَةِ مِنْ رَخْصٍ مُفَرِّطٍ فِي الْوَحْلِ وَالْأَسْوَاقِ (و)، أَوْ تَزْكُ الْإِبِلُ غَيْرَ مُقَطَّرَةٍ، وَمَا يَتَخَرَّقُ مِنَ الثَّوْبِ بِالْحَطَبِ مِنْ خَلْفٍ، ضَمِنَهُ صَاحِبُ الدَّابَّةِ، إِلَّا أَنْ يُقَدِّمَ الْإِعْلَامَ وَالْبَيِّنَةَ.

(فَرْغُ): أَمَّا مَا تُثْلِفُهُ الْهَرَّةُ الْمَمْلُوكَةُ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا؛ عَلَى وَجْهِ؛ إِذْ لَا يُعْتَادُ رِبْطُهَا.

وَيَجِبُ عَلَى وَجْهِ.

وَهِيَ كَالْبَهِيمَةِ لَا يُضْمَنُ إِلَّا مَا أَثْلَفَتْهُ بِاللَّيْلِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَقِيلَ: لَا يُضْمَنُ إِلَّا مَا أَثْلَفَتْ بِالنَّهَارِ؛ إِذِ التَّقْصِيرُ بِاللَّيْلِ مِمَّنْ لَا يُعْطَى الطَّعَامُ.

وَلَوْ صَارَتْ هِرَّةٌ ضَارِيَةً بِالْإِنْسَادِ، فَفِي جَوَازِ قَتْلِهَا؛ إِلْحَاقًا لَهَا بِالْفَوَاسِقِ - وَجْهَانِ.

= عبيد الله بن أبي بكر بن أنس عن أنس أن رجلاً أطلع من بعض حجر النبي صلى الله عليه وسلم فقام إليه النبي صلى الله عليه وسلم بمشقص أو بمشقص فكانني أنظر إليه يختل الرجل ليطعنه. وأخرجه البخاري (٢٢٥/١٢) كتاب الديات، باب من أخذ حقه أو اقتص دون السلطان حديث (٦٨٨٩). والترمذي (٦١/٥) كتاب الاستئذان، باب من أطلع في دار قوم بغير إذنهم حديث (٢٧٠٨). وأحمد (١٢٥/٣). وأبو يعلى (٤٣٥/٦) رقم (٣٨١٣) كلهم من طريق حميد عن أنس بن مالك به. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(كِتَابُ السَّيْرِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ:)

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي وُجُوبِ الْجِهَادِ:)

وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْنِ:

(الأوّل: وُجُوبُهُ)، وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْكِفَايَةِ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً وَاحِدَةً فِي أَهَمِّ الْجِهَاتِ، وَالْإِمَامِ يَزَعِي النَّصْفَةَ فِي الْمُنَاوَبَةِ بَيْنَ النَّاسِ.

وَفُرُوضُ الْكِفَايَاتِ كَثِيرَةٌ مَذْكُورَةٌ فِي مَوَاضِعِهَا، وَهُوَ كُلُّ مِهْمٍ دِينِي يُرِيدُ الشَّرْعُ حُصُولَهُ، وَلَا يَقْصِدُ بِهِ عَيْنٌ مَنِ يَتَوَلَّاهُ، وَمِنْ جُمْلَتِهِ إِقَامَةُ الْحُجَّةِ الْعِلْمِيَّةِ، وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ، وَالصَّنَاعَاتُ الْمُهِيْمَةُ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ، وَالْقَضَاءُ، وَتَحْمُلُ الشَّهَادَةِ، وَتَجْهِيْزُ الْمَوْتَى، وَإِخْيَاءُ الْكَعْبَةِ كُلِّ سَنَةٍ بِالْحَجِّ، فَإِنْ تَرَكَ ذَلِكَ، جُرِّحَ بِهِ كُلُّ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ، وَيَعْلَمُهُ أَوَّلًا يَعْلَمُ، وَلَكِنْ قَصَرَ فِي الْبَحْثِ عَنْهُ، وَيَسْقُطُ الْجِهَادُ بِالْعَجْزِ الْحِسِّيِّ؛ كَالصَّبَا، وَالْجُنُونِ، وَالْأَثَوَةِ، وَالْمَرَضِ وَالْعَرَجِ، وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ (و) عَلَى الْقِتَالِ فَارِسًا، وَبِالْعَمَى، وَبِالْفَقْرِ، أَغْنَى الْعَجْزُ عَنِ السَّلَاحِ، وَالرُّكُوبِ، وَنَفَقَةِ الذَّهَابِ وَالْإِيَابِ؛ كَمَا فِي الْحَجِّ، وَلَا يَسْقُطُ (و) بِالْخَوْفِ فِي الطَّرِيقِ مِنَ الْمُتَلَصِّصِينَ؛ لِأَنَّ قِتَالَهُمْ أَهَمُّ.

(وَأَمَّا مَوَانِعُ السَّيْرِ عَنْهُ، فَكَالزُّقِّ، وَمَنْعُ صَاحِبِ الدِّينِ، وَمَنْعُ الْوَالِدَيْنِ، أَمَّا الرَّقِيقُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْجِهَادُ، وَإِنْ أَمَرَهُ سَيِّدُهُ إِذْ لَا حَقَّ لَهُ فِي رُوحَةٍ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الذَّبُّ عَنْ سَيِّدِهِ عِنْدَ الْخَوْفِ عَلَى رُوحِهِ وَلَيْسَ لِمُسْتَحِقِّ الدِّينِ الْمَنْعُ بِالْدِّينِ الْمُوجَلِّ عَنْ سَائِرِ الْأَسْفَارِ^(١)، وَفِي الْجِهَادِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ؛ لِأَنَّ مَصِيرَهُ إِلَى الْمَوْتِ^(٢)، فَفِي وَجْهِ يُمْنَعُ أَبَدًا، وَفِي وَجْهِ لَا يُمْنَعُ، إِنْ خَلَفَ وَفَاءً، وَفِي وَجْهِ يُمْنَعُ غَيْرُ الْمُتَرْقَةِ الَّذِينَ مَعِيشَتُهُمْ مِنَ الْجِهَادِ، وَلِلْوَالِدَيْنِ الْمَنْعُ، وَالْجَدُّ وَالْجَدَّةُ لَا يَبْعُدُ أَنْ يُلْحَقَا بِهِمَا، وَلَيْسَ (و) لَهُمَا الْمَنْعُ مِنْ حُجَّةِ الْإِسْلَامِ بَعْدَ الْإِسْتِطَاعَةِ^(٣)؛ لِأَنَّهُ فَرَضٌ عَيْنِي، وَلَا مِنْ سَفَرِ الْعِلْمِ الَّذِي هُوَ فَرَضٌ عَيْنِي، وَإِنْ كَانَ فَرَضٌ كِفَايَةً، فَوَجْهَانِ، وَلَهُمَا الْمَنْعُ مِنْ رُكُوبِ الْبَحْرِ، وَالتَّوَادِرِ الْمُخْطَرَةِ لِلتَّجَارَةِ، وَحَيْثُ لَا خَطَرَ، لَمْ يَجُزْ لَهُمَا الْمَنْعُ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْأَبُّ الْكَافِرُ كَالْمُسْلِمِ إِلَّا فِي الْمَنْعِ مِنَ الْجِهَادِ، وَلَوْ بَلَغَ كِتَابُ الْوَالِدَيْنِ أَوْ مُسْتَحِقُّ الدِّينِ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِذْنِ،

(١) قال الرافعي: «وليس لمستحق الدين المنع بالدين المؤجل عن سائر الأسفار» هذا مذكور في «التفليس» إلا أنه أطلق الكلام إطلاقاً والمراد غير السفر المخوف وفي المخوف كالجهاد وسفر البحر الوجوه المذكور ها هنا. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي الجهاد ثلاثة أوجه لأن مصيره إلى الموت... إلى آخره» لوجه الأظهر من الخلاف على ما اختاره الإمام وجماعة، وجه رابع أهمله ها هنا وهو أنه لا يمنع لرب الدين الحال واقتصر على ذكره في التفليس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وليس لهما المنع من حجة الإسلام بعد الاستطاعة» المسألة مذكورة من باب موانع الحج لكبير حكى فيها هناك وجهين واقتصر ها هنا على الجواب الأصح. [ت]

وَهُوَ فِي الطَّرِيقِ، فَلْيَنْصَرِفْ، إِنْ قَدَرَ، وَإِلَّا فَلْيَقُمْ فِي قَرْيَةٍ، وَإِنْ كَانَ فِي الْقِتَالِ، وَجَبَ الْأَنْصِرَافُ عَلَى وَجْهِهِ، إِنْ لَمْ يَخَفْ وَهَنَ الْمُسْلِمِينَ، وَلَا يَجِبُ فِي وَجْهِهِ، وَيُتَخَيَّرُ فِي وَجْهِهِ.

وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ الْعِلْمَ وَفُرُوضَ الْكِفَايَةِ لَا تَتَعَيَّنُ بِالشَّرُوعِ، وَإِنْ أَسَسَ الْمُتَعَلِّمُ الرُّشْدَ مِنْ نَفْسِهِ، وَفِي صَلَاةِ الْجَنَازَةِ خِلَافٌ، وَالْجِهَادُ إِنَّمَا يَحْرُمُ فِيهِ الزُّرْعُ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْذِيلِ، هَذَا كُلُّهُ فِي قِتَالِ نَقَرٍ قَرَضَ كِفَايَةً، فَإِنْ وَطِئَ الْكُفَّارُ دَارَ الْمُسْلِمِينَ، تَعَيَّنَ عَلَى كُلِّ مَنْ لَهُ مِثَّةٌ قِتَالِهِمْ؛ حَتَّى الْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ، وَأَنْحَلَ الْحَجْرُ عَنِ الْعَبْدِ، إِنْ لَمْ يُسْتَعْنِ عَنْهُ، وَإِنْ أَسْتُعْنِيَ، وَلَكِنْ كَانَ فِيهِمْ زِيَادَةُ قُوَّةٍ، فَفِي الْوُجُوبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ خَرَجَ قَوْمٌ فِيهِمْ كِفَايَةٌ، فَفِي وَجُوبِ الْمُسَاعَدَةِ عَلَى الْآخَرِينَ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانُوا قَوْقَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْمَرْكُوبُ فِيَمَنْ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، وَفِيَمَنْ وَرَاءَهُ وَجْهَانِ، وَهَلْ يُنْزَلُ نَزْلُهُمْ فِي مَوَاتٍ دَارِ الْإِسْلَامِ وَأَسْرُهُمْ مُسْلِمًا أَوْ مُسْلِمِينَ فِي تَعْيِينِ الْوُجُوبِ مَنْزِلَةَ دُخُولِهِمُ الْبِلَادَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَمِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ الْقِيَامُ بِعُلُومِ الشَّرْعِ، فَأَمَّا مُهِمَّاتُ الصَّلَاةِ وَالْوُضُوءِ، فَفَرَضُ عَيْنٍ؛ وَكَذَا عِلْمُ التَّجَارَةِ فَرَضٌ عَلَى التَّاجِرِ؛ وَكَذَلِكَ فِي كُلِّ صَنْعَةٍ، وَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي «كِتَابِ آدَابِ الْكُتُبِ وَالتَّجَارَةِ»، دُونَ الْفُرُوعِ النَّادِرَةِ، وَلَا يَتَعَيَّنُ مِنَ الْأَصُولِ إِلَّا أَغْيَاقُ صَحِيحٍ فِي التَّوْحِيدِ فِي صِفَاتِ اللَّهِ؛ كَمَا وَرَدَ فِي الْقُرْآنِ.

وَالْقِيَامُ بِدَفْعِ شُبْهَةِ الْمُتَبَدِّعَةِ فَرَضٌ كِفَايَةً؛ وَكَذَا الْقِيَامُ بِالْفَتْوَى، وَأَمَّا السَّلَامُ فَأَبْنَدَاؤُهُ سُنَّةٌ، وَالْجَوَابُ فَرَضٌ عَيْنٍ عَلَى الْوَاحِدِ وَفَرَضٌ كِفَايَةً عَلَى الْجَمَاعَةِ، وَلَا يُسَنُّ السَّلَامُ عَلَى الْمُصَلِّي، وَمَنْ يَقْضِي حَاجَتَهُ وَفِي الْحَمَامِ، وَتَشْمِيتُ الْعَاطِسِ وَجَوَابُهُ مُسْتَحَبٌّ، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ الْجِهَادِ^(١))

وَالنَّظَرُ فِي تَصَرُّفِ الْإِمَامِ فِيهِمْ بِالْقِتَالِ، وَالْأَسْتِزْقَاقِ، وَالْأَغْتِنَامِ:

(النَّظَرُ الْأَوَّلُ فِي الْقِتَالِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(١) الجهاد في اللغة المبالغة واستفراغ الوسع في الشيء مشتق من الجهد يقال جهد الرجل في كذا: أي جد فيه وبالغ ويقال أجهد جهداً: أي أبلغ غايتك، ومنه قوله تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ أي بالغوا في اليمين واجتهدوا فيها. وهذا من المعاني الحقيقية لمادة الجهاد، ومن المعاني المجازية قول العرب. سقاها لبناً مجهوداً وهو الذي أخرج زبده أو أكثر ماؤه ويقال أجهد فيه الشيب إذا كثر هذا معناه في اللغة، وهو كما نرى عام في ذاته وفي غايته ينظر: لسان العرب: ٧١٠/١، المصباح المنير ١١٢، المعجم الوسيط ١٤٢/١.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله تعالى بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك.

عرفه الشافعية بأنه: المتلقى تفسيره من سيرته - صلى الله عليه وسلم -

(الأولى): أَنَّهُ يَجُوزُ أَلَسْتَعَانَةُ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ وَبِالْمُشْرِكِ الَّذِي تُؤْمَنُ غَائِلَتُهُ، وَبِالْعَبِيدِ، إِذَا أُذِنَ السَّادَّةُ، وَبِالْمُرَاهِقِينَ.

وَالذِّمِّيُّ، إِنْ حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِذِنْ، فَقَبِي أَسْتِخْقَاقِهِ الرِّضْخَ خِلَافًا، وَإِنْ نَهَى، فَحَضَرَ، لَمْ يَسْتَحِقَّ، وَالْمُخَذَّلُ يَخْرُجُ مِنَ الْجُنْدِ^(١) وَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا (ح و)، وَإِنْ حَضَرَ.

(الثَّانِيَةُ): لَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ الْمُسْلِمِ عَلَى الْجِهَادِ؛ إِذْ يَقَعُ عَنْهُ، لَكِنْ لِلْإِمَامِ أَنْ يُرْعِيَهُمْ بِذَلِ الْأُهْبَةِ وَالسَّلَاحِ، وَلَوْ أَخْرَجَهُمْ قَهْرًا، لَمْ يَسْتَحِقُّوا الْأُجْرَةَ، وَلَوْ عَيَّنَ الْإِمَامُ شَخْصًا لِدَفْنِ مَيِّتٍ وَغَسَلِهِ، فَلَا أُجْرَةَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ تَرْكَةٌ، أَوْ فِي بَيْتِ الْمَالِ مُتَسَّعٌ، وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْعَبِيدِ، إِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ بِحَالٍ، وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الذِّمِّيِّ.

وَقِيلَ: إِنْ ذَلِكَ جُعِلَ^(٢) لِلْجِهَادِ.

وَفِي اسْتِغْلَالِ الْأَحَادِ بِاسْتِئْجَارِ الذِّمِّيِّ وَجِهَانٍ؛ كَمَا فِي الْأَذَانِ، وَلَوْ أَخْرَجَ أَهْلُ الذِّمَّةِ قَهْرًا، اسْتَحَقُّوا أُجْرَةَ الْمَثَلِ مِنَ الْغَنِيمَةِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَلَوْ خَلَّى سَبِيلَهُمْ قَبْلَ الْوُقُوفِ، لَمْ يَسْتَحِقُّوا إِلَّا أُجْرَةَ الذَّهَابِ، وَلَوْ وَقَفُوا مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، فَقَبِي أَسْتِخْقَاقِهِمُ الْأُجْرَةَ الْكَامِلَةَ خِلَافًا (و).

(الثَّالِثَةُ): فِيمَنْ يَمْتَنِعُ قَتْلُهُ، وَهُوَ الرَّحِمُ؛ كَالْأَبِ^(٣) وَالْأُمِّ وَالصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ، وَإِنْ شُكَّ فِي بُلُوغِ الصَّبِيِّ، كُشِفَ عَنْ مُؤَنَّرِهِ، وَأَعْتَمِدَ (ح) نَبَاتُ شَعْرِ الْعَانَةِ، فَإِنْ قَالَ: اسْتَعْمَلْتُهُ بِالْذَّوَاءِ، صُدِّقَ بِمِيتِهِ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ عَيْنُ الْبُلُوغِ، لَا عَلَامَتُهُ، وَلَا يُعَوَّلُ عَلَى أَخْضَرَارِ الشَّارِبِ، وَيُعَوَّلُ (و). عَلَى مَا خَشِنَ مِنْ شَعْرِ الْإِيطِ وَالْوَجْهِ، وَفِي جَوَازِ قَتْلِ الرَّاهِبِ وَالْعَسِيفِ وَالْحَارِسِ وَالشَّيْخِ قَوْلَانِ، وَفِي السُّوقَةِ طَرِيقَانِ مِنْهُمُ مَنْ قُطِعَ بِقَتْلِهِمْ، فَإِنْ لَمْ يُقْتَلُوا أُزْفِقُوا لِمُجَرَّدِ الْأَسْرِ؛ عَلَى وَجْهِ.

= عرفه المالكية بأنه: قتال مسلم كافراً غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله تعالى أو حضوره له أو دخول أرضه له.

عرفه الحنابلة بأنه: قتال الكفار خاصة بخلاف المسلمين من البغاة وقطاع الطريق وغيره.

ينظر: بدائع الصنائع ٢٩٩/٩، نهاية المحتاج ٤٥/٨، المحلى على المنهاج ٢١٣/٤، شرح الزرقاني ١٠٦/٢٣، كشف القناع عن متن الإقناع ٣٢/٣.

(١) قال الرافعي: «والمخذل يخرج من الجند إلى آخره» قد ذكر مرة في قسمة الغنائم، لكن اللفظ هناك أنه يخرج من الصف، وإنما يخرج من الصف إذا لم يخف منه وهن. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويجوز استئجار الذمي، وقيل: إن ذلك جعالة» من هذا غنية عن قوله في الإجارة ويجوز للإمام استئجار أهل الذمة للجهاد. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فيمتنع قتله وهو الرحم كالأب» هذا مغن عن قوله: ولا الغازي حيث قال في أبواب القصاص وكذلك لا يقتل الجلاذ أباه، ولا الغازي. [ت]

وَلَمْ يُزَفَّ إِلَّا بِإِزَاقٍ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيَمْتَنِعُ اسْتِزَاقُهُمْ أَضْلًا؛ عَلَى وَجْهِ بَعِيدٍ، وَهُوَ جَارٍ فِي الْمَنَعِ مِنْ سَبِي ذَرَارِيهِمْ وَنَسَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ.

وَالشَّيْخُ ذُو الرَّأْيِ يَقْتُلُ.

(الرَّابِعَةُ): يَجُوزُ نَضْبُ الْمَنْجَبِ عَلَى فَلَاعِهِمْ، وَإِنْ كَانُوا فِيهِمْ نِسْوَةً وَصِبْيَانًا؛ وَكَذَا إِضْرَامُ النَّارِ وَإِزْسَالُ الْمَاءِ، وَلَوْ تَتَرَسُّوا بِالنِّسَاءِ، ضَرَبْنَا الثُّرُسَ، إِلَّا إِذَا كَانُوا دَافِعِينَ عَنْ أَنْفُسِهِمْ غَيْرَ مُفَاتِلِينَ لَنَا، فَبِي جَوَازِ قَتْلِ النِّسَاءِ قَوْلَانِ، وَإِنْ كَانُوا فِي الْقَلْعَةِ، فَأُولَى بِالْجَوَازِ؛ كَيْلًا يَنْجِدُ ذَلِكَ حَبِيلَةً، وَإِنْ كَانَ فِي الْقَلْعَةِ أَسِيرٌ، عَلِمْنَا أَنَّهُ تُصَيِّهُ النَّارُ وَالْمَنْجَبُ أَخْرَزَنَا، وَإِنْ تَوَهَّمْنَا إِصَابَتَهُ، فَقَوْلَانِ، وَلَوْ تَتَرَسَّ كَافِرٌ بِمُسْلِمٍ، لَمْ يُفْصَدِ الْمُسْلِمُ، وَإِنْ خِفْنَا عَلَى أَنْفُسِنَا، فَإِنَّ دَمَ الْمُسْلِمِ لَا يُبَاحُ بِالْخَوْفِ، وَإِنْ تَتَرَسُّوا فِي الصَّفِّ، وَلَوْ تَرَكْنَاهُمْ، لَانْهَزَمَ الْمُسْلِمُونَ، وَعَظُمَ الشَّرُّ، فِيهِ وَجْهَانِ.

(الخَامِسَةُ) لَا يَجُوزُ الْأَنْصِرَافُ مِنْ صَفِّ الْقِتَالِ^(١)، إِنْ كَانَ فِيهِ أَنْكَسَارٌ لِلْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَيَجُوزُ إِنْ قَصَدَ التَّحْيِيزُ إِلَى فِتْنَةٍ قَرِيبَةٍ يَسْتَنْجِدُ بِهَا فِي هَذَا الْقِتَالِ.

وَهَلْ يَجُوزُ إِذَا قَصَدَ التَّحْيِيزُ إِلَى فِتْنَةٍ بَعِيدَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَوَّزْنَا، قَبَدَا لَهُ أَلَّا يُقَاتِلَ مَعَ الْفِتْنَةِ الْبَعِيدَةِ أَيْضًا، جَازَ، وَلَا يَشْتَرِكُ فِي هَذَا الْمَغْنَمِ، إِنْ فَارَقَ قَبْلَ الْأَغْنَامِ، وَهَلْ يَشْتَرِكُ الْمُتَحْيِيزُ إِلَى فِتْنَةٍ قَرِيبَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

ويجوز الانهزام بِكُلِّ حَالٍ إِذَا زَادَ عَدَدُ الْكُفَّارِ عَلَى الضَّعْفِ، لَكِنْ فِي أَنْهَزَامِ مِائَةِ بَطْلٍ مِنْ مِائَتَيْنِ ضَعِيفٍ وَوَاحِدٍ خِلَافٌ؛ مَاخُذُهُ أَنَّ النَّظَرَ إِلَى صُورَةِ الْعَدَدِ أَوْ إِلَى الْمَعْنَى؟ وَيَجُوزُ الْأَسْتِزَادُ بِالْمُبَارَاةِ دُونَ إِذْنِ الْإِمَامِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ؛ حَتَّى يَنْقُذَ أَمَانَهُ لِقَرِيْبَةٍ، وَفِي نَقْلِ رُءُوسِ الْكُفَّارِ إِلَى بِلَادِ الْإِسْلَامِ كَرَاهَةٌ؛ عَلَى وَجْهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ نِكََاةٌ فِي الْكُفَّارِ^(٢).

(التَّصْرُفُ الثَّانِي، بِالْإِسْتِزَاقِ)، وَلَا يَجُوزُ (و) اسْتِزَاقُ كُلِّ كَافِرٍ أَسْلَمَ قَبْلَ الظَّفَرِ بِهِ، وَيَجُوزُ اسْتِزَاقُ كُلِّ كَافِرٍ أَسْلَمَ بَعْدَ الظَّفَرِ بِهِ، وَلَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ كَوْنُ الْمَرْأَةِ حَامِلًا يُولِدُ مُسْلِمًا، لَكِنْ لَا يَرُوقُ الْوَلَدُ، وَمَنْكُوحَةُ الذَّمِّيِّ تُسَبَّى، وَيَنْقَطِعُ نِكَاحُهُ، وَفِي مُعْتَقَتِهِ وَجْهَانِ، وَمُعْتَقُ الْمُسْلِمِ لَا يُسَبَّى (و)، وَفِي مَنْكُوحَتِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا يُسَبَّى، انْقَطَعَ (و) نِكَاحُهُ عَنِ الْأُمَةِ الْكِتَابِيَّةِ وَلَا تَنْقَطِعُ إِجَارَتُهُ عَنِ الدَّارِ الْمَسِيَّةِ وَالْعَبْدِ الْمَسِيئِ، وَالزَّوْجَانِ، إِذَا سُبِيَا أَوْ أَحْدُهُمَا، انْقَطَعَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، وَفِي انْقِطَاعِ نِكَاحِ الرَّقِيقَيْنِ الْمَسِيئَيْنِ مَعًا وَجْهَانِ، وَالْمَسِيئُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ (و)، فَيَقْضِي مِنْ مَالِهِ

(١) قال الرافعي: «لا يجوز الانصراف من صف القتال إن كان... إلى آخره» لم يتعرض الجمهور للانكسار، بل قالوا: إذا التقى الصفان فإن لم يزد عدد الكفار على ضعف عدد المسلمين لم يجز الانصراف، إلا إذا

انصرف متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة، إن زاد عددهم على الضعف جاز الانصراف مطلقاً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «إلا أن تكون له نكابة في الكفار» قضيته الجزم بنفي الكراهة حينئذ، ولم يتعرض له الأكثرون. [ت]

الَّذِي لَمْ يُغْنَمْ قَبْلَ اسْتِزْقَاقِهِ، فَإِنَّ حَقَّ الدِّينِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الْغَنِيمَةِ، إِلَّا إِذَا سَبَقَ الْأَغْتِنَامُ رَقَّةً، وَلَوْ وَقَعَا مَعًا، فَالظَّاهِرُ (و) تَقْدِيمُ الْغَنِيمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالٌ، فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى أَنْ يُعْتَقَ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الدِّينُ لِحَزْبِيٍّ، ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ قَبِلَ الْأَمَانَ، وَالدِّينُ قَائِمٌ، وَكَذَا لَوْ سَبَقَ مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ إِلَى الْإِسْلَامِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الدِّينُ خَمْرًا، وَهَذَا فِي دِينِ لَزِمَ بِالْقَرْضِ وَالْمُعَامَلَةِ، فَإِنْ كَانَ أَتْلَفَ مَالَ حَزْبِيٍّ أَوْ غَضَبَهُ، فَلَا تَبَعَةَ لَهُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَالْأَمَانِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ.

(فَرِغْ) إِذَا سُبِيَتْ أَمْرَأَةٌ وَوَلَدَهَا الصَّغِيرُ، لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ وَالْقِسْمَةِ^(١)، وَلَوْ بُعِثَ مَعَ الْجَدَّةِ، وَقُطِعَتْ عَنِ الْأُمِّ، فَفِي الْجَوَازِ قَوْلَانِ، وَالْجَدَّةُ فِي مَعْنَى الْأُمِّ عِنْدَ عَدَمِهَا، وَالْأَبُ هَلْ هُوَ فِي مَعْنَاهَا؟ قَوْلَانِ^(٢)، وَهَلْ يَتَعَدَّى التَّحْرِيمُ إِلَى سَائِرِ الْمَحَارِمِ؟ قَوْلَانِ^(٣).

(التَّصَرُّفُ الثَّلَاثُ) إِهْلَاكُ أَمْوَالِهِمْ غَيْظًا لَهُمْ جَائِزٌ، إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ تَمَلُّكُهُ إِلَّا الْحَيَوَانَاتِ (ح م)، وَأَمَّا الْأَشْجَارُ، فَيَجُوزُ قَطْعُهَا، وَيَجِبُ إِهْلَاكُ كُتُبِهِمُ الَّتِي لَا يَحِلُّ الْأَنْتِفَاعُ بِهَا؛ وَفِي جَوَازِ اسْتِصْحَابِهَا لِفَائِدَةٍ تَعْرِفُ مَذَاهِبَهُمْ تَرَدُّدٌ، وَكَلْبُ الْغَنِيمَةِ يُخَصُّ بِهِ الْإِمَامُ مِنْ شَاءَ، إِذْ لَا مِلْكَ فِيهِ.

(التَّصَرُّفُ الرَّابِعُ: الْأَغْتِنَامُ)، وَالْغَنِيمَةُ كُلُّ مَا أَخَذَتْهُ الْفِتَّةُ الْمُجَاهِدَةُ عَلَى سَبِيلِ الْغَلْبَةِ^(٤) دُونَ مَا يُخْتَلَسُ (و)، وَيُسْرَقُ؛ فَإِنَّهُ خَاصٌّ مِلْكُ الْمُخْتَلَسِ^(٥) وَدُونَ مَا يَنْجَلِي عَنْهُ الْكُفَّارُ بِغَيْرِ قِتَالٍ، فَإِنَّهُ فِيءٌ، وَدُونَ اللَّقْطَةِ؛ فَإِنَّهَا لِأَخِذِهَا.

وَلِلْغَنِيمَةِ أَحْكَامٌ:

(الْأَوَّلُ): أَنَّهُ يَجُوزُ التَّبَسُّطُ فِي أَطْعَمَتِهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ، مَا دَامُوا فِي دَارِ الْحَرْبِ؛ لِأَجْلِ الْحَاجَةِ، وَيَجْزِي ذَلِكَ فِي الْقُوَّةِ، وَاللَّحْمِ، وَالتَّنْبَنِ، وَالشَّعِيرِ، وَلَا يَجْزِي فِي الْفَانِيدِ^(٦). وَالشُّكْرِ وَأَمْثَالِهِ، وَفِي الْفَوَاكِهِ الرُّطْبَةِ وَجِهَانِ (و)، وَيَجُوزُ فِي الشَّحْمِ الْأَكْلُ، وَلِتَوْقِيعِ^(٧) الدَّوَابِّ وَجِهَانِ.

وَلَا يَجُوزُ فِي الْحَيَوَانَاتِ إِلَّا الْغَنَمُ؛ فَإِنَّهُ طَعَامٌ، فَيَذْبَحُ، وَيُؤْكَلُ، وَيُرَدُّ جِلْدُهُ إِلَى الْمَغْنَمِ، وَلَا

(١) قال الرافعي: «لم يفرق بينهما في البيع والقسمة» قد سبق بمقصوده فذكر في البيع حيث قال نهى عن أن توله والده بولدها. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والأب هل هو في معناها؟ فيه قولان» قيل: وجهان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «هل يتعدى التحريم إلى سائر المحارم؟ فيه قولان قيل هما وجهان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «والغنيمة كل ما أخذته الفتة المجاهدة على سبيل الغلبة» هذا مذكور مرة في باب قسمة الغنائم. [ت]

(٥) قال الرافعي: «والغنيمة كل مال إلى قوله فإنه خاص ملك المختلس» هذا وجه ادعى الإمام أنه المذهب المشهور، والأكثرون جعلوه غنيمة مُحَمَّسَةً. [ت]

(٦) الفانيد: نوع من الحلوى يعمل من القند والنشا، وهي كلمة أعجمية.

ينظر المصباح المنير ص (٤٨١).

(٧) توقيع الدابة: تصليب حافره إذا حَفِيَ بالشحم المذاب حتى يقوى ويصلب.

ينظر المصباح المنير ص (٦٦٧).

يَجِبُ قِيَمَةُ اللَّحْمِ، وَإِنْ أَمَكْنَ سُوقُ الْعَنَمِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

وَيَبَاحُ (و) الْأَخْذُ لِمَنْ مَعَهُ طَعَامٌ، وَمَنْ لَيْسَ مَعَهُ، وَلَكِنْ قَدَّرَ الْحَاجَةَ، فَلَوْ أَصَافَ بِهِ مَنْ لَيْسَ مِنَ الْغَانِمِينَ، فَهُوَ كَتَقْدِيمِ الْمَغْضُوبِ إِلَى الضَّيْفِ، وَلَوْ فَضَّلَ مِنْهُ شَيْءٌ بَعْدَ الدُّخُولِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ، فَمَا لَهُ قِيَمَةٌ، رُدَّ عَلَى الْمَغْنَمِ.

وَإِنْ كَانَ قَلِيلاً، فَوَجْهَانِ^(١).

وَلَوْ لِحَقٍّ مَدَّدَ بَعْدَ الْأَغْنِيَامِ، فِي جَوَازِ التَّبَسُّطِ لَهُمْ وَجْهَانِ، وَلَوْ لَمْ يَجِدُوا سُوقاً فِي أَطْرَافِ بِلَادِ الْأَغْنِيَامِ، أَوْ وَجَدُوهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، فِي جَوَازِ الْأَخْذِ وَجْهَانِ، وَإِذَا أَخَذَ، ثُمَّ أَقْرَضَ غَانِماً آخَرَ، فَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمِثْلِهِ مِنَ الْمَغْنَمِ، مَا دَامُوا فِي الْحَرْبِ، وَلَا يُطَالِبُهُ مِنْ خَاصٍّ مِلْكِهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ، وَكَأَنَّ الْمُسْتَقْرِضَ أَخَذَهُ.

(وَالْحُكْمُ الثَّانِي لِلْغَنِيمَةِ): أَنَّهُ يَسْقُطُ بِالْإِعْرَاضِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَلَا يَسْقُطُ بَعْدَهَا، وَهَلْ يَسْقُطُ بَعْدَ إِفْرَازِ الْخُمْسِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْقُطُ.

وَقَوْلُهُ: «اخْتَرْتُ الْغَنِيمَةَ»، هَلْ يَمْنَعُهُ عَنِ الْإِعْرَاضِ بَعْدَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْرَضَ جَمْعُ الْغَانِمِينَ، لَمْ يَصِحَّ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيَنْصَرِفُ إِلَى مَصْرِفِ الْخُمْسِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَإِعْرَاضُ ذَوِي الْقُرْبَى بِأَجْمَعِهِمْ عَنِ سَهْمِهِمْ لَا يَصِحُّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَيَصِحُّ إِعْرَاضُ الْمُفْلِسِ، وَإِنْ أَحَاطَتْ بِهِ الدُّبُونُ، وَلَا يَصِحُّ إِعْرَاضُ السَّفِيهِ، وَلَا يَصِحُّ إِعْرَاضُ الصَّبِيِّ، إِلَّا إِذَا بَلَغَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَلَا يَصِحُّ إِعْرَاضُ الْعَبْدِ عَنِ الرُّضْخِ، وَيَصِحُّ إِعْرَاضُ سَيِّدِهِ، وَفِي صِحَّةِ الْإِعْرَاضِ عَنِ السَّلْبِ، وَالسَّالِبِ مُتَعَيَّنٌ، وَجْهَانِ، وَمَنْ أَعْرَضَ عَنِ الْغَنِيمَةِ قَدَّرَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ، وَقُسِمَ عَلَى الْبَاقِينَ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْإِعْرَاضِ، قَامَ الْوَارِثُ مَقَامَهُ؛ وَمِنْ هَذَا نَشَأَ خِلَافٌ فِي الْمِلْكِ^(٢)، فِي قَوْلٍ: لَا تُمْلِكُ الْغَنِيمَةَ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ، وَفِي قَوْلٍ: تُمْلِكُ بِالْإِسْتِيلَاءِ مِلْكَاً ضَعِيفاً يَسْقُطُ بِالْإِعْرَاضِ، وَفِي قَوْلٍ: هُوَ مَوْقُوفٌ إِلَى الْقِسْمَةِ وَالْإِعْرَاضِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى الْأَقْوَالِ مَسَائِلُ:

(الْأُولَى): أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي الْمَغْنَمِ بَعْضُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الْغَانِمِينَ، لَمْ يَعْتِقُ حِصَّتُهُ مَا لَمْ يَقَعْ فِي حِصَّتِهِ، وَلَمْ يَمْنَعَهُ ذَلِكَ عَنِ الْإِعْرَاضِ، وَلَوْ اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً، وَقُلْنَا لَا يَمْلِكُ، فَلَا حَدَّ، وَلَا يَنْقُذُ الْإِسْتِيلَادُ فِي نَصِيْبِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ، فَبِئْسَ نَفْذُهُ فِي حِصَّتِهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ؛ لَضَعْفِ الْمِلْكِ، نَفَذَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ، فَقَوْلَانِ؛ كَأَسْتِيلَادِ الْأَبِ جَارِيَةَ الْإِبْنِ، وَمِنْ هَذَا خُرُوجُ قَوْلٍ فِي أَنَّ نَصِيْبَهُ مِنَ الْقَرِيبِ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَإِنْ نَفَذَ فِي نَصِيْبِهِ، وَهُوَ مُوسِرٌ بِمَا يَحُصُّهُ مِنَ الْغَنِيمَةِ أَوْ

(١) قال الرافعي: «ولو فضل منه شيء إلى قوله: فوجهان» هذه طريقة؛ ورجح المعظم طرد الخلاف في

الفاضل كم كان وجعل الخلاف وجهين والمشهور أن الخلاف قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ومن هذا نشأ خلافاً في الملك... إلى آخره» المشهور أنه وجوه لا أقوال. [ت]

لِغَيْرِهِ، سَرَى، وَالْوَلَدُ حُرٌّ (ح) جَمِيعُهُ، وَفِي وُجُوبِ حِصَّةِ غَيْرِهِ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ قَوْلَانِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ إِلَيْهِ قُبِيلَ الْعُلُقِ أَوْ بَعْدَهُ، كَمَا فِي الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، وَوَلَدُهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ حُرٌّ وَنَسِيبٌ (ح)، وَلَكِنْ لَوْ كَانَ مُغْسِراً، وَوَقَفَ أَلَسْتِيْلَادٌ عَلَى بَعْضِهِ، فَيَعْتَقُ جَمِيعُ الْوَلَدِ أَوْ بَعْضُهُ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَيَجْرِي فِي وَلَدِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ^(١)، لَكِنَّ الْأَظْهَرَ أَنَّ الشَّرَكَةَ شُبْهَةٌ تُوجِبُ حُرِّيَّةَ الْوَلَدِ، نَعَمْ: مَنْ يَضْفُفُهَا حُرٌّ، وَيَضْفُفُهَا رَقِيقٌ، فَوَلَدُهَا يَتَبَعُ فِي الرُّقِّ إِذْ لَا شُبْهَةَ، وَأَمَّا الْحَدُّ، فَلَا يَجِبُ، وَالْمَهْرُ يَجِبُ جَمِيعُهُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ، وَيُوضَعُ فِي الْمَغْنَمِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ، حُطَّ عَنْهُ قَدْرُ حِصَّتِهِ.

(الْحُكْمُ الثَّالِثُ): أَنَّ أَرَاذِي الْكُفَّارِ تُمْلِكُ بِالْأَسْتِيْلَاءِ، وَقَدْ مَلَكَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَرَاذِي الْعِرَاقِ^(٢)، وَقَسَمَهَا، ثُمَّ اسْتَطَابَ عَنْهَا قُلُوبَ الْمَلَائِكِ، وَوَقَفَهَا وَآجَرَهَا مِنْ سُكَّانِهَا إِجَارَةً مُؤَبَّدَةً لِأَجْلِ الْمَضْلَحَةِ، وَضَرَبَ الْأُجْرَةَ خَرَجاً عَلَيْهِمْ؛ فَلَا يَصِخُّ بَيْعُ أَرَاذِي الْعِرَاقِ، وَيَصِخُّ إِجَارَتُهَا مِنْ آبَائِهَا إِجَارَةً مُؤَبَّدَةً، وَلَا يُزْعَجُ عَنْهَا سُكَّانُهَا، إِذَا وَرَثُوهَا مِنْ آبَائِهِمُ الَّذِينَ اسْتَأْجَرُوهَا مِنْ عُمَرُ، وَلَا يَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِالْمَوْتِ، وَأَمَّا مَكَّةُ، فَيَصِخُّ بَيْعُ دُورِهَا؛ لِأَنَّهَا مِلْكٌ، وَقَدْ فَتَحَتْ عَنْوَةً^(٣).

(البَابُ الثَّالِثُ: فِي تَرْكِ الْقَتْلِ، وَالْقِتَالِ بِالْأَمَانِ)

وَالْأَمَانُ مَضْلَحَةٌ فِي بَعْضِ الْأَخْوَالِ، وَمَكِيدَةٌ مِنْ مَكَائِدِ الْقِتَالِ فِي الْمُبَارَزَةِ، وَلَا يَصِخُّ مِنْ أَحَادِ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا فِي أَحَادِ الْكُفَّارِ، أَوْ عَدَدٍ مَخْصُورِينَ، وَيَصِخُّ مِنْ كُلِّ مُؤْمِنٍ مُكَلَّفٍ؛ حَتَّى الْعَبْدُ (ح) وَالْمَرْأَةُ وَالشَّيْخُ الْهَرَمُ وَالسَّفِيهِ، وَلَا يَصِخُّ مِنْ مَجْنُونٍ (و) وَصَبِيٍّ، وَيَنْعَقِدُ بِاللَّفْظِ وَالْكِتَابَةِ وَالْإِشَارَةِ الْمُفْهَمَةِ، فَإِنْ رَدَّ الْكَافِرُ، أَزَدَتْ، وَإِنْ قِيلَ، صَحَّ، وَلَا يَكْفِي سُكُوتُهُ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ قَبُولِهِ، وَلَوْ بِالْفِعْلِ، فَلَوْ أَشَارَ عَلَيْهِمْ مُسْلِمٌ فِي صَفِّ الْكُفَّارِ، فَانْتَحَزَ إِلَى صَفِّ الْمُسْلِمِينَ، وَتَنَاهَا أَمَانًا، فَهُوَ أَمَانٌ، وَإِنْ ظَنَّ الْكَافِرُ؛ أَنَّهُ أَرَادَ الْأَمَانَ، وَالْمُسْلِمُ لَمْ يَرُدَّهُ، فَلَا يُغْتَالُ، بَلْ يُلْحَقُ بِأَمَانِهِ، وَلَوْ قَالَ: مَا فَهِمْتُ الْأَمَانَ، يُغْتَالُ، وَمَنْ دَخَلَ مِنْهُمْ لِسْفَارَةٍ أَوْ لِسَمَاعِ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى عَقْدِ أَمَانٍ، بَلْ ذَلِكَ الْقَصْدُ يُؤْمَنُ، وَقَصْدُ التَّجَارَةِ لَا يُؤْمَنُ، وَإِنْ ظَنَّهُ أَمَانًا، وَلَوْ قَالَ الْوَالِي: أَمِنْتُ مِنْ قَصْدِ التَّجَارَةِ، صَحَّ، وَلَا يَصِخُّ مِنَ الْآحَادِ، فَإِنْ ظَنَّ الْكَافِرُ صِحَّتَهُ، فَلَا يُغْتَالُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَشَرَطُ الْأَمَانِ أَلَّا يَزِيدَ عَلَى سَنَةٍ، وَيَصِخُّ إِلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، وَفَوْقَ ذَلِكَ إِلَى السَّنَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَمَّنَ جَاسُوساً أَوْ مَنْ فِيهِ مَضَرَّةٌ، لَمْ يَنْعَقِدْ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْمَضْلَحَةُ، بَلْ يَكْفِي عَدَمُ الْمَضَرَّةِ لِلصَّحَّةِ،

(١) قال الرافعي: «ويجري في ولد الجارية المشتركة إلى آخره» يشعر بأن الأظهر في استيلاء أحد الغانمين التبعيض، والأشبه أنه لا فرق وأن الولد حر هناك أيضاً.

(٢) قال الرافعي: «وقد ملك عمر رضي الله عنه أراضي العراق... إلى آخره» هذا يشتمل على ما ذكره في «الرهن» إلا أنه حدها هناك، وحكى وجه ابن سريج، وأهملها هنا وكان بسبيل من أن يقتصر ويختصر.

[ت]

(٣) قال الرافعي: «لأنها ملك، وقد فتحت عنوة» ظاهره مخالف المذهب، فقد اشتهر أن مكة فتحت صلحاً عندنا، وعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - فتحت عنوةً وللقطة التي أجزاها مؤولة. [ت]

وَحُكْمُهُ إِذَا أُنْعَقِدَ، كَفَفْنَا عَنْهُ وَعَمَّا مَعَهُ مِنْ أَهْلٍ وَمَالٍ، إِنْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْأَمَانِ، وَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: أَتَشْتَكِ، فَفِي سِرِّيَّتِهِ إِلَى الْأَهْلِ وَالْمَالِ الَّذِي مَعَهُ وَجْهَانِ، وَفِي عَقْدِ الْأَمَانِ لِلْمَرْأَةِ مَقْصُوداً لِلْعِصْمَةِ عَنْ الْأَسْتِزْقَاقِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ، وَالْأَسِيرُ إِذَا أُمِنَ مِنْ أَسْرِهِ، فَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُكْرَهِ، وَلَوْ أُمِنَ غَيْرُهُ، فَوَجْهَانِ، وَيَلْزَمُهُ حُكْمُهُ، وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ غَيْرُهُ، فَلَوْ أَمَّنْهُمْ، وَأَتَتْهُ بِشَرِّطٍ أَلَّا يَخْرُجَ مِنْ دَارِهِمْ، لَزِمَهُ الْخُرُوجُ، مَهْمَا قَدَرَ، وَإِنْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْأَيْمَانِ الْمُغْلَظَةِ، لَكِنْ يُكْفَرُ، وَدَعَا يَقَعُ طَلَاقُهُ وَعَتَاقُهُ فَلَا رُخْصَةَ فِي الْمَقَامِ؛ حَيْثُ يُبْذَلُ الْمُسْلِمُ، وَلَكِنْ عِنْدَ الْخُرُوجِ لَا يَغْتَالُهُمْ، إِنْ أَمَّنْهُمْ، وَلَوْ اتَّبَعَهُ قَوْمٌ، فَلَهُ دَفْعُهُمْ وَقَتْلُهُمْ دُونَ غَيْرِهِمْ، وَلَوْ شَرَطُوا عَلَيْهِ الرُّجُوعَ، لَمْ يَلْزَمْهُ (و)، وَلَوْ شَرَطَ إِنْفَادَ مَالٍ، لَمْ يَلْزَمْهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ اشْتَرَى مِنْهُمْ شَيْئاً، وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ، لَزِمَهُ إِنْفَادُهُ، وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الشَّرَاءِ، فَعَلَيْهِ رَدُّ الْعَيْنِ، وَعَلَى الْقَدِيمِ يَخْتَارُ بَيْنَ رَدِّ الْعَيْنِ أَوْ الثَّمَنِ، إِذْ يَقِفُ الْعَقْدُ، وَالْكَافِرُ إِذَا أَسْلَمَ، وَقَدْ لَزِمَتْهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، أَوْ ظِهَارٍ، لَمْ تَنْقُطْ بِإِسْلَامِهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ.

وَكَذَلِكَ يَجِبُ عَلَى الْمُبَارِزِ، مَعَ قُوَّتِهِ الْوَفَاءُ بِشَرِّطِهِ، وَإِنْ شَرَطَ الْقَوْمُ الْكَفَّ عَنْهُ إِلَى أَنْ يَتِمَّ الْقِتَالُ، جَازَ أَنْ يُقَاتَلَ الْكَافِرُ، إِذَا وَلَّى مُذْبِراً؛ إِذْ تَمَّ الْقِتَالُ بِالْهَرِيمَةِ.

وَإِنْ أُنْخَنَ الْمُسْلِمُ، وَقُصِدَ تَذْفِيفُهُ مَتَعْنَاهُ، وَإِنْ شَرَطَ لَهُ التَّمَكُّينَ مِنْهُ، فَهَذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَلَوْ خَرَجَ جَمَاعَةٌ لِإِعَانَةِ كَافِرٍ بِأَسْتِزْقَارِهِ، قَتَلْنَاهُ مَعَهُمْ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ نَتَعَرَّضْ لَهُ.

وَيَتِمُّ النَّظَرُ فِي مُشَارَطَاتِ الْكُفَّارِ بِثَلَاثِ مَسَائِلَ:

(الأولى): إِذَا دَلَّ عِلْجٌ عَلَى قَلْعَةِ بِشَرِّطٍ أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ جَارِيَةً فِيهَا، صَحَّتِ الْمُشَارَاطَةُ؛ لِلْحَاجَةِ مَعَ أَنَّ هَذِهِ جُعَالَةٌ مَجْهُولَةُ الْجُعْلِ، بَلِ الْجُعْلُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ وَلَا مَقْدُورٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ، وَلَا يَصِحُّ هَذَا مَعَ الْمُسْلِمِ (و)، وَإِنْ أَتَمَّ الدَّلَالَةَ، ثُمَّ الْجَارِيَةُ تُسَلَّمَ إِلَى الْعِلْجِ، إِنْ ظَفَرْنَا بِهَا، فَإِنْ لَمْ تَفْتَحِ الْقَلْعَةَ، لِعَجْزٍ، أَوْ تَجَاوَزْنَاهَا مَعَ الْقُدْرَةِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْنَا، وَإِنْ أَتَمَّ الدَّلَالَةَ، إِلَّا إِذَا رَجَعْنَا إِلَى الْفَتْحِ بِعَلَامَتِهِ.

وَلَوْ فَتَحَهَا طَائِفَةٌ أُخْرَى؛ إِذْ سَمِعُوا الْعَلَامَةَ، فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِمْ؛ إِذْ لَمْ يَجْرِ الشَّرْطُ مَعَهُمْ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جَارِيَةٌ، فَلَا شَيْءَ لَهُ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ قَدْ مَاتَتْ قَبْلَ الْمُعَاقَدَةِ.

وَإِنْ مَاتَتْ بَعْدَ الظَّفَرِ^(١)، وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَعَلَيْنَا الْبَدْلُ، إِمَّا أَجْرُهُ الْمِثْلُ، أَوْ قِيمَةُ الْجَارِيَةِ؛ بِنَاءً

(١) قال الرافي: «وإن ماتت بعد الظفر إلى آخره» قضيته أن يكون القولان هناك كالقولين في الصداق، لكن الأصح نفي الصداق وجوب أجرة المثل، فأجاب عامة الأصحاب ها هنا بوجوب قيمة الجارية، وكذا الخلاف في كل كافر لا يرق بنفس الأسر يقتضي جريان الخلاف في أن الرق هل يجري على الأسير إذا أسلم بعد الأسر وليس له ذكر في كتب الأصحاب، وإنما تكلموا في أنه يرق بنفس الإسلام، أو يرق بأنه يرقه الإمام بعد الإسلام. [ت]

عَلَى أَنَّ الْجُغْلَ الْمُعَيَّنَ يُضْمَنُ ضَمَانَ الْعَقْدِ، أَوْ ضَمَانَ الْيَدِ؛ كَالصَّدَاقِ.

وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ الطَّفَرِ، وَبَعْدَ الْعَقْدِ، فَفِي وَجُوبِ الْبَدَلِ قَوْلَانِ. وَإِنْ أَسْلَمَتْ، وَجَبَ الْبَدَلُ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى تَسْلِيمِهَا إِلَى كَافِرٍ، وَإِنْ شَرَطْنَا لِزَعِيمِ الْقَلْعَةِ أَمَانَ أَهْلِهِ، وَكَانَتْ مِنْ أَهْلِهِ، لَمْ تُسَلِّمْهَا إِلَى الْعِلْجِ بِبَدَلٍ يَبْدُلُهُ، فَصَلَحْنَا مَعَ الزَّعِيمِ بَاطِلٌ، لَكِنْ نَزَدُهُ إِلَى الْمَأْمَنِ؛ حَتَّى نَسْتَأْنِفَ الْقِتَالَ؛ لِأَنَّهُ صَلَحَ مَنَعَ الْوَفَاءِ بِمَا وَجَبَ بِشَرْطِ قَبْلِهِ، وَإِنْ لَمْ يَخْصُلْ لَنَا شَيْءٌ مِنَ الْقَلْعَةِ إِلَّا تِلْكَ الْجَارِيَةُ، فَفِي وَجُوبِ التَّسْلِيمِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): الْمُسْتَأْمَنُ، إِذَا نَقَضَ الْعَهْدَ، فَارْجَعَ إِلَى دَارِهِ، فَمَا خَلَفَهُ عِنْدَنَا مِنْ وَدِيعَةٍ أَوْ دَيْنٍ، فِيهِ أَرْبَعَةُ أَجْزَاءٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ فِيهِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ إِلَى أَنْ يَمُوتَ، فَإِنْ مَاتَ، فَهُوَ فِيهِ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ، وَإِنْ مَاتَ، فَهُوَ لِوَارِثِهِ.

(الرَّابِعُ): أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ، إِنْ عَقَدَ الْأَمَانَ لِلْمَالِ مَقْصُودًا، وَإِلَّا فَيَنْتَقِضُ أَيْضًا تَابِعًا لِنَفْسِهِ، وَالرُّقُّ كَالْمَوْتِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَبْقَى أَمَانُهُ بَعْدَ الرُّقِّ، فَلَوْ عَتَقَ، رُدَّ عَلَيْهِ، وَلَوْ مَاتَ رَقِيقًا، فَهُوَ فِيهِ إِذْ لَا إِزْتَ مِنْ الرَّقِيقِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ؛ أَنَّهُ لَوَرَّثْتِهِ، وَمَهْمَا جَعَلْنَاهُ لِلْوَارِثِ، فَلَهُ أَنْ يَدْخُلَ بِلَادَنَا؛ لِطَلَبِهِ مِنْ غَيْرِ عَقْدِ أَمَانٍ، وَهَذَا الْعُذْرُ يُؤَمِّنُهُ؛ كَقَضْدِ السَّفَارَةِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا حَاصَرْنَا أَهْلَ قَلْعَةٍ، فَتَزَلُّوا عَلَى حُكْمِ رَجُلٍ، صَحَّ إِذَا كَانَ الرَّجُلُ عَاقِلًا عَدْلًا بَصِيرًا بِمَصَالِحِ الْقِتَالِ، ثُمَّ يَنْفُذُ حُكْمَهُ عَلَى الْإِمَامِ، وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا فَوْقَهُ، وَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا دُونَهُ فَإِنْ قَضَى بغيرِ الْقِتَالِ، فَلَيْسَ لِلْإِمَامِ الْقَتْلُ، وَإِنْ قَضَى بِالْقَتْلِ، فَهَلْ لَهُ الْأَسْتِزْقَاقُ، وَفِيهِ ذَلِكَ مُؤَبَّدٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَكَمَ بِقَبُولِ الْجِزْيَةِ، فَهَلْ يُجْبَرُونَ عَلَيْهِ، وَهُوَ عَقْدُ مُرَاضَاةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُهُمْ، فَمَنْعُهُمْ كَمَنْعِ أَهْلِ الذِّمَّةِ الْجِزْيَةَ، وَلَوْ حَكَمَ بِالْإِزْقَاقِ، فَأَسْلَمَ وَاحِدٌ قَبْلَ الْإِزْقَاقِ، فَفِي جَوَازِ إِزْقَاقِهِ وَجْهَانِ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ كَافِرٍ لَا يَرِيقُ بِنَفْسِ الْأَسْرِ، إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ الْإِزْقَاقِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ مِائَةٌ نَفَرٍ، فَعَدَّ مِائَةً، قَتَلْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ وَرَاءَ الْمِائَةِ.

كِتَابُ عَقْدِ الْجِزْيَةِ وَالْمُهَادَنَةِ، وَفِيهِ بَابَانِ:

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِي الْجِزْيَةِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِهَا وَأَحْكَامِهَا:

وَأَرْكَانُهَا خَمْسَةٌ:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ): نَفْسُ الْعَقْدِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ نَائِبُ الْإِمَامِ: أَقْرَزْتُكُمْ بِشَرْطِ الْجِزْيَةِ وَالْأَسْتِسْلَامِ، وَيَذْكُرُ مَقْدَارَ الْجِزْيَةِ، فَيَقُولُ الدِّمِيُّ: قَبِلْتُ.

وَقِيلَ: لَا يَجِبُ ذِكْرُ مَقْدَارِ الْجِزْيَةِ، لَكِنْ يُتْرَلُ عَلَى الْأَقْلِ، وَلَا يَجِبُ ذِكْرُ الْأَسْتِسْلَامِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ ذِكْرُ كَفِّ اللَّسَانِ عَنِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَهَلْ يَصِحُّ مُوقَّتًا؟ قَوْلَانِ^(١)، وَلَوْ قَالَ: أَقْرَزْتُكُمْ مَا شِئْتُ^(٢) أَنَا فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ، وَلَوْ قَالَ: مَا شِئْتُمْ، صَحَّ؛ فَإِنَّ عَقْدَ الْجِزْيَةِ غَيْرُ لَازِمٍ مِنْ جَانِبِ الْكُفَّارِ، بَلْ لَهُمْ الْأَلْتِحَاقُ بِدَارِهِمْ إِذَا شَاءُوا، وَإِذَا فَسَدَ الْعَقْدُ، فَلَا نَفْعًا لَهُمْ، لَكِنْ نُلْحِقُهُمْ بِالْمَاضِي، فَلَوْ أَقَامَ سَنَةً قَبْلَ الْخُرُوجِ، لَمْ تُسَامَحْ، وَأَخَذْنَا لِكُلِّ سَنَةٍ دِينَارًا، وَلَوْ دَخَلَ كَافِرٌ دَارَنَا مُدَّةً بِغَيْرِ أَمَانٍ، لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ (و) شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْ، لَكِنْ نَفَعْنَا، وَنَسْتَرْفَعُهُ، أَوْ نَقْتُلُهُ؟ وَلَوْ قِيلَ الْجِزْيَةُ، فَفِي جَوَازِ اسْتِزْقَافِهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّا لَمْ نَقْصِدْ أَسْرَهُ؛ بِخِلَافِ الْأَسِيرِ؛ فَإِنَّ بَذْلَهُ الْجِزْيَةَ لَا يَمْنَعُ (و) اسْتِزْقَافَهُ، وَلَوْ قَالَ الْكَافِرُ: كُنْتُ دَخَلْتُ لِسَمَاعِ كَلَامِ اللَّهِ، أَوْ لِسَفَرٍ، صَدَقْنَا، وَلَا نَفَعْنَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ (و) مَعَهُ كِتَابٌ، وَلَوْ قَالَ: دَخَلْتُ بِأَمَانٍ، فَهَلْ يُصَدَّقُ بِغَيْرِ حُجَّةٍ؟ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْعَاقِدُ، وَهُوَ الْإِمَامُ)، وَيَجِبُ (و) عَلَيْهِ الْقَبُولُ، إِذَا بَذَلُوهُ إِلَّا إِذَا خَافَ غَائِلَتَهُمْ، وَلَا يَجُوزُ قَبُولُ الْجَاسُوسِ، وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ، وَلَوْ عَقَدَ مُسْلِمٌ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ، لَمْ يَصَحَّ (و)، وَلَا نَفَعْنَا، وَإِنْ أَقَامَ سَنَةً، لَمْ نَأْخُذِ الدِّينَارَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ قَبُولَهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ إِمَامٍ غَيْرُ مُؤَثَّرٍ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: [الْجِزْيَةُ]^(٣) فِيمَنْ يُعَقَّدُ لَهُ)، وَهُوَ كُلُّ كِتَابِيٍّ عَاقِلٍ بَالِغٍ حُرٍّ ذَكَرَ مُتَأَهِّبٍ لِلْقِتَالِ قَادِرٍ عَلَى آدَاءِ الْجِزْيَةِ، أَمَّا الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ وَالْمَجْنُونُ، فَهُمْ أَتْبَاعٌ، وَلَا جِزْيَةَ عَلَيْهِمْ، وَلِلرَّجُلِ أَنْ يَسْتَنْبِجَ مِنْ نِسَاءِ الْأَقَارِبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَحَارِمَ، مَا شَاءَ، دُونَ الْأَجَانِبِ، بِأَنْ يَشْتَرِطَ، فَإِنْ أَطْلَقَ، لَمْ تُنْبِغْهُ إِلَّا صِغَارُ أَوْلَادِهِ (و)، وَزَوْجَاتِهِ (و)، دُونَ نِسْوَةِ الْأَقَارِبِ، وَالْأَضْهَارِ (و) يُلْحَقُونَ بِالْأَقَارِبِ؛ فِي وَجْهِهِ، وَمَهْمَا بَلَغَ الصَّبِيُّ، وَأَفَاقَ الْمَجْنُونُ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ، اسْتَقْلَلُوا، فَعَلَيْهِمُ الْجِزْيَةُ.

(١) قال الرافعي: «وهل يصح موقتًا؟ قولان» قيل: الخلاف وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: أقركم ما شئت إلى آخره» لا يوجد لعامة الأصحاب إلا الجواب بالمنع. [ت]

(٣) سقط من أ.

وَهَلْ يَجِبُ عَلَى الصَّبِيِّ، إِذَا بَلَغَ اسْتِثْنَاءُ عَقْدٍ لِنَفْسِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَكْتَفَيْنَا بِعَقْدِ أَبِيهِ، لَزِمَهُ مِثْلُ مَا أَلْزَمَ الْأَبُ لِنَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ زِيَادَةٌ، وَإِذَا بَلَغَ سَفِيهَا، صَحَّ (و) عَقْدُهُ^(١) لِنَفْسِهِ بِزِيَادَةِ الدِّينَارِ؛ لَحَقْنِ الدَّمِ.

وَيَصِحُّ مِنَ الْوَلِيِّ (و) بَذْلُ الزَّيَادَةِ^(٢) مَنْ مَالِهِ أَيْضًا: لِحَقْنِ دَمِهِ، وَمَنْ يُجَنُّ يَوْمًا، وَيُفِيْقُ يَوْمًا، يُلْتَقَطُ أَيَّامَ إِفَاقَتِهِ، فَيَكْمُلُ سَنَةٌ وَيُؤْخَذُ دِينَارٌ.

وَقِيلَ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: هُوَ كَالْعَاقِلِ.

وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَى الْأَغْلَبِ.

وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ؛ كَمَا فِي تَحْمُلِ الْعَقْلِ.

وَإِذَا وَقَعَ مِثْلُهُ فِي الْأَسْرِ (و)، نُظِرَ إِلَى وَقْتِ الْأَسْرِ.

وَإِذَا دَخَلَتْ أَمْرَأَةٌ دَارَنَا مِنْ غَيْرِ أَمَانٍ وَتَبِعِيَّةٍ، اسْتَرْقَتْ، وَكَذَا الصَّبِيُّ.

وَإِنْ حَاصَرْنَا قَلْعَةً لَيْسَ فِيهَا إِلَّا نِسْوَةٌ، فَبَذَلُوا الْجِزْيَةَ، فَهَلْ يَجِبُ قَبُولُهَا وَتَرْكُ إِزْقَاقِيهِنَّ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و)، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ؛ إِذِ الْمَرْأَةُ لَا تَتَأَهَّلُ فِي الْجِزْيَةِ الَّتِي لَا تَجِبُ، وَالزَّيْمُنُ وَالْعَسِيفُ، إِذَا قُلْنَا: لَا يُقْتَلُونَ، فَفِي وَجُوبِ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ خِلَافٌ، وَالْفَقِيرُ الْعَاجِزُ عَنِ الْكَسْبِ^(٣) يُخْرَجُ مِنَ الدَّارِ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَيُقَرَّرُ مَجَانًا، عَلَى قَوْلٍ، وَتُقَرَّرُ الْجِزْيَةُ فِي ذِمَّتِهِ، عَلَى قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ التَّقْرِيرُ بِالْجِزْيَةِ لِلْيَهُودِ وَالنَّصَارَى^(٤) وَالْمَجُوسِ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ، وَالْوثنِيُّ وَعَبْدَةُ الشَّمْسِ، وَمَنْ لَا يَتَّبِعِي إِلَى كِتَابٍ لَا يُقَرَّرُ (و)، وَإِنْ كَانَ عَجَمِيًّا [ح]^(٥)، وَإِنْ ظَهَرَ قَوْمٌ زَعَمُوا أَنَّهُمْ أَهْلُ الزُّبُورِ، فَفِي تَقْرِيرِهِمْ وَجْهَانِ، وَمَنْ دَانَ آبَاؤُهُ بِالْتَّهْوُدِ بَعْدَ الْمَنَعَةِ، فَلَا يُقَرَّرُونَ، وَفِي الصَّابِيِّينَ وَالسَّامِرَةِ، وَهُمْ مُبْتَدِعَةُ الْيَهُودِ (ح) وَالنَّصَارَى قَوْلَانِ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانُوا كَفَرَةً دِينِهِمْ، فَلَا يُقَرَّرُونَ، وَإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً، قُرُّوا، فَلَوْ عَقَدْنَا، فَأَسْلَمَ مِنْهُمْ عَدْلَانِ، وَشَهِدُوا بِكُفْرِهِ، تَبَيَّنَ بَطْلَانُ الْعَقْدِ، وَيُغْتَالُ لِتَلْبِيسِهِ، وَالْمُتَوَلَّدُ بَيْنَ الْكِتَابِيِّ وَالْوثنِيِّ فِي مُنَاكَحَتِهِ قَوْلَانِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقَرَّرُ، وَلَوْ تَوَلَّنَ نَصْرَانِيًّا، وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ، أُمُّهُ نَصْرَانِيَّةٌ، فَلَهُ حُكْمُ

(١) قال الرافعي: «فإذا بلغ سفيهاً صحَّ عقده إلى آخره» هذا وجه، والأشبه منعه. [ت]

(٢) قال الرافعي: ويصح من الولي بذل الزيادة الأشبه المنع. [ت]

(٣) قال الرافعي: «والفقير العاجز عن الكسب إلى آخر الأقوال» يقال: الخلاف وجوه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وإنما يجوز التقرير بالجزية لليهود والنصارى إلى آخره» قد ذكر في النكاح أن الكتابيين

يجوز مناكحتهم، ويقرون بالجزية، وأن الوثني المعطل والزنديق لا يقرون وأن المجوس يقرون فلا حاجة

إلى ذكر التقرير هناك. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن كان يغتال أبوه على الأصح» الأشبه أنه لا يغتال، ويلحق بالمأمن. [ت]

التَّصَصُّرُ، وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ وَثِيَّةً، فَهُوَ تَابِعٌ فِي التَّوَلُّنِ، أَوْ يَبْقَى عَلَيْهِ التَّنَصُّرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يُغْتَالُ إِذَا بَلَغَ بِحَالِهِ، وَإِنْ كَانَ يُغْتَالُ أَبُوهُ، عَلَى الْأَصَحِّ (و) ^(١).

وَلَا يَحِلُّ وَطْءُ سَبَايَا غَوْرٍ؛ لِأَنَّهُمْ أَرْتَدُّوا بَعْدَ الْإِسْلَامِ، وَفِي أَسْتِزْقَاقِهِمْ (و) خِلَافٌ، وَالظَّاهِرُ جَوَازُ أَسْتِزْقَاقِ الْوَثْنِيِّ، وَسَبَايَا غَوْرٍ أَوْلَادُ الْمُزْتَدِّينَ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِي الْبَقَاعِ)، وَيَقْرَوْنَ فِي سَائِرِ الْبِلَادِ، إِلَّا بِالْحِجَازِ، وَهِيَ مَكَّةُ وَالْمَدِينَةُ وَالْيَمَامَةُ وَنَجْدٌ، وَمَخَالِيفُهَا، وَالْوَجُّ وَالطَّائِفُ وَخَبِيرٌ مِنْ مَخَالِيفِ الْمَدِينَةِ، وَهَلْ يَدْخُلُ الْيَمَنُ فِي ذَلِكَ؟ فِيهِ خِلَافٌ ^(٢)، إِذْ قِيلَ: تَنْتَهِي جَزِيرَةُ الْعَرَبِ إِلَى أَطْرَافِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ.

وَلَا يُمْنَعُونَ مِنَ الْاجْتِنَازِ بِهَا مُسَافِرِينَ، لَا يُقِيمُونَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عَلَى مَوْضِعٍ سِوَى يَوْمِ الدُّخُولِ وَالْخُرُوجِ، أَمَّا مَكَّةُ، فَيُمْنَعُ (ح) مِنَ الْاجْتِنَازِ بِهَا، وَإِنْ جَاءَ لِرِسَالَةٍ، خَرَجَ إِلَيْهِ مِنْ يَسْمَعُ الرِّسَالَةَ، فَإِنْ دُفِنَ بِهَا، نُبِشَ قَبْرُهُ، وَأُخْرِجَ، فَإِنْ مَرَضَ وَخِيفَ مَوْتُهُ بِنَقْلِهِ، نُقِلَ، فَإِنْ مَرَضَ عَلَى طَرَفِ الْحِجَازِ، وَخِيفَ النُّقْلُ، أَوْشَقَ، تُرِكَ؛ حَتَّى يَبْرَأَ، وَإِلَّا أُرْعِجَ، وَإِنْ دُفِنَ بِهَا، وَلَمْ يَشَقَّ نَبَشُهُ، فَفِي وَجْهِهِ لِإِخْرَاجِهِ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ: فِي [تَفْصِيلِ] مِقْدَارِ مَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ)، وَوَجَائِثُهُمْ خَمْسَةٌ:

(الْأَوَّلُ الْجَزِيَّةُ)، وَأَقْلَهُ دِينَارٌ، وَيُتَخَيَّرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اثْنَيْ عَشَرَ ذَهَبًا نَقْرَةً، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُمَاسِكَ بِالزِّيَادَةِ مَا شَاءَ، فَإِنْ لَمْ يَنْدُلْ إِلَّا الدِّينَارَ، وَجَبَ الْقَبُولُ وَيَسْتَوْي الْفَقِيرُ [ح] ^(٣) وَالْغَنِيُّ، وَإِنْ قَبِلَ الزِّيَادَةَ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ، لَمْ يَنْفَعُهُ؛ كَالشَّرَاءِ بِالْغَنِيِّ، إِلَّا أَنْ يَنْبِذَ الْعَهْدَ، ثُمَّ يَرْجِعَ إِلَى بَذْلِ الدِّينَارِ، وَلَوْ أَسْلَمَ أَوْ مَاتَ بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ، اسْتَوْفَى [م] ^(٤)، وَلَوْ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ جَزِيَّةٌ سَتَيْنِ، لَمْ تَتَدَاخَلَ (ح) ^(٥)، وَلَوْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، طُولِبَ (ح) بِقِسْطِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَا يُطَالَبُ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، إِنْ لَمْ يَمُتْ، وَتُقَدَّمُ الْجَزِيَّةُ فِي تَرْكِتِهِ عَلَى وَصَايَاهُ، وَعَلَى دُيُونِهِ. وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى وَحَقِّ الْآدَمِيِّ.

(الثَّانِي: الضِّيَافَةُ)، فَلِلْإِمَامِ أَنْ يُوْطَفَ عَلَيْهِمْ ضِيَافَةُ الطَّارِقِينَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؛ بِشَرْطِ أَنْ يَذْكُرَ عَدَدَ (و) الضِّيْفِ وَمِقْدَارَ طَعَامِهِ وَأُذْمِهِ وَجِنْسِهِ وَقَدَرَهُ عَافِيَهُ وَمَنْزِلَهُ وَمُدَّةَ مُقَامِهِ، وَلَا يَزِيدُ (و) عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَيَجْعَلُ عَدَدَ الضِّيْفَانِ عَلَى الْغَنِيِّ أَكْثَرَ، وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ بِجِنْسِ الطَّعَامِ، ثُمَّ

(١) قال الرافي: «وهل يدخل اليمن في ذلك؟ فيه خلاف إلى آخره» فيما ساقه إشعار بأن الحجاز والجزيرة عبارتان عن معين واحد، وكذلك في كلام الإمام، وعامة الأصحاب متفقوا الكلمة على أن الجزيرة أوسع من الحجاز، وعلى أن اليمن يدخل في حد الجزيرة ولا يدخل في حد الحجاز. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من أ.

ذَلِكَ مَحْسُوبٌ لَهُمْ مِنَ الدِّينَارِ، فَإِنْ نَقَصَ، وَجَبَ الْإِثْمَامُ، وَيَجُوزُ إِبْدَالُهَا بِالدَّنَانِيرِ دُونَ رِضَاهُمْ، لَكِنَّ الدَّنَانِيرَ بَدَلٌ يَخْتَصُّ [ح] ^(١) بِأَهْلِ الْفَيْءِ، وَالضِّيَافَةُ لَا تَخْتَصُّ.

وَقِيلَ: لَيْسَتْ الضِّيَافَةُ بَدَلُ الدَّنَانِيرِ ^(٢)؛ بَلْ هِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ.

وَلَا تُبَدَّلُ بِالدَّنَانِيرِ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ.

(الثالث: الإهانة)، وَهِيَ أَنْ يُطَاطَىءَ الذَّمُّ رَأْسُهُ عِنْدَ التَّسْلِيمِ، فَيَأْخُذُ الْمُسْتَوْفِي بِلِخْيَتِهِ وَيَضْرِبُ فِي لَهَا زِمِهِ، وَهُوَ وَاجِبٌ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ حَتَّى لَوْ وَكَّلَ مُسْلِمًا بِالْأَدَاءِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ ضَمِنَ الْمُسْلِمُ الْجِزْيَةَ، لَمْ يَصِحَّ، لَكِنْ يَجُوزُ إسْقَاطُ هَذِهِ الْإِهَانَةِ، مَعَ أَسْمِ الْجِزْيَةِ عِنْدَ الْمَصْلَحَةِ؛ بِتَضْعِيفِ الصَّدَقَةِ، وَيَجُوزُ ذَلِكَ مَعَ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ (و)؛ فَيَقُولُ الْإِمَامُ: أَبَدَلْتُ الْجِزْيَةَ بِضِعْفِ الصَّدَقَةِ، فَيَكُونُ مَا يَأْخُذُهُ جِزْيَةً بِأَسْمِ الصَّدَقَةِ، فَيَأْخُذُ مِنْ خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ شَاتَيْنِ، وَمِنْ خَمْسِ عَشْرِينَ بَنَتِي مَخَاضٍ، وَمِنْ عَشْرِينَ دِينَارًا دِينَارًا، وَمِنْ مِائَتِي دِرْهَمٍ عَشْرَةَ دِرْهَمٍ، وَمِمَّا سَقَتْهُ السَّمَاءُ الْخُمْسَ، وَمِمَّا سَقَى بِدَالِيَةِ الْعُشْرِ، وَيَأْخُذُ مِنْ سِتٍّ وَثَلَاثِينَ مِنَ الْإِبِلِ بَنَتِي لَبُونٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَبَنَتِي مَخَاضٍ، وَمَعَ كُلِّ وَاحِدٍ شَاتَانِ أَوْ عَشْرُونَ دِرْهَمًا، وَلَا يُضَعَّفُ (و) الْجُبْرَانُ ثَانِيًا، وَلِلْإِمَامِ أَيْضًا أَنْ يُعْطِيَ الْجُبْرَانَ، إِذَا أَخَذَ بَنَتٌ لَبُونٍ بَدَلِ بَنَتٍ مَخَاضٍ، وَهَلْ يَحْطُ عَنْهُمْ الْوَقْصُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ لَا يَحْطُ وَيَأْخُذُ مِنْ عَشْرِينَ شَاةَ شَاةٍ، وَمِنْ مِائَةِ دِرْهَمٍ خَمْسَةَ.

(وَالثَّانِي): يَحْطُ.

(وَالثَّالِثُ): لَا يَحْطُ إِلَّا إِذَا آدَى إِلَى التَّجْزِئَةِ، فَيُؤْخَذُ مِنْ سَبْعٍ مِنَ الْإِبِلِ وَيَنْصَفُ ثَلَاثُ شِيَاءٍ، ثُمَّ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَنْظُرَ فِيمَا يَخْصُلُ مِنَ الصَّدَقَةِ، فَإِنْ لَمْ يَفِ بِمَالِ الْجِزْيَةِ، إِذَا قُوِيَ بِعَدَدِ رُءُوسِهِمْ زَادَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَضْعَافٍ وَزِيَادَةٍ.

(١) قال الرافي: وقيل: ليست الضيافة بدل الدنانير سياق الكتاب يقتضي ترجيح الأول، والظاهر الثاني.

[ت]

(٢) قال الرافي: «الضيافة والعشر من رأي عمر رضي الله عنه» روى الشافعي عن مالك عن أسلم مولى عمر أن عمر - رضي الله عنه - ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير، وعلى أهل الورق أربعين درهماً ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام وروى أيضاً عن سفيان بن عيينة عن أبي إسحاق عن حارثة بن مضرب أن عمر - رضي الله عنه - فرض على أهل السواد ضيافة. يوم وليلة، وفي إضافة الضيافة إلى رأي عمر رضي الله عنه كلام، فإن الشافعي روى عن إبراهيم بن محمد عن أبي الحويرث أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ضرب على نصراني بمكة يقال له: مَوْهَبٌ ديناراً كل سنة، وأن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب على نصارى «أيلة» ثلثمائة دينار في كل سنة، وأن يضيفوا من مَرَّ بهم من المسلمين، ولا يَغْشَوْا مسلماً [ت] أخرجه الشافعي في «مسنده» (٢/١٣٠) كتاب الجزية حديث (٤٢٧) عن إبراهيم بن محمد عن أبي الحويرث به.

وَلَهُ أَنْ يَقْنَعَ (و) يَنْصِفِ الصَّدَقَةَ، وَإِنْ كَانَ وَافِياً.

(الرَّابِعُ): يَجُوزُ أَخْذُ الْعُشْرِ مِنْ بَضَاعَةِ تِجَارِ أَهْلِ الْحَرْبِ، وَيَجُوزُ (و) الزِّيَادَةُ، إِنْ رَأَى، وَيَجُوزُ التَّقْصَانُ إِلَى نِصْفِ الْعُشْرِ عَنِ الْمِيزَةِ؛ تَرْغِيباً لَهُمْ فِي التَّكْثِيرِ، وَكُلُّ مَا يَخْتَاجُ إِلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ، وَهَلْ يَجُوزُ حَطُّ أَصْلِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و).

(وَأَمَّا الذَّمُّ)، فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ تِجَارَتِهِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَتَّجَرَ فِي الْحِجَازِ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَلَا يُؤْخَذُ الْعُشْرُ فِي السَّنَةِ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ هَذَا مِنَ الْحَرْبِيِّ، إِذَا دَخَلَ بِهَذَا الشَّرْطِ، فَلَوْ دَخَلَ بِأَمَانٍ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، فَأَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ أَنْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالضَّيَافَةُ وَالْعُشْرُ مِنْ رَأْيِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ^(١).

(الخَامِسُ: الْخَرَاجُ)، وَذَلِكَ إِذَا كَانَ يَكُونُ إِذَا قُورِثَ أَمْلَاكُهُمْ عَلَيْهِمْ؛ بِشَرْطِ الْخَرَاجِ، وَذَلِكَ يَنْقُطُ [ح]^(٢) بِالإِسْلَامِ، فَإِنْ مَلَكَتَهَا عَلَيْهِمْ، وَرَدَدْنَاهَا بِخَرَاجٍ، فَذَلِكَ أَجْرَةٌ لَا تَنْقُطُ بِالإِسْلَامِ؛ كَأَرَاذِي الْعِرَاقِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ عَقْدِ الذِّمَّةِ)، وَحُكْمُهُ عَلَيْنَا وَجُوبُ الْكَفِّ عَنْهُمْ، وَأَنْ نَعْصِمَهُمْ بِالضَّمَانِ نَفْساً، وَمَالاً، وَلَا تَتَعَرَّضَ لِكِتَابَتِهِمْ وَخُثُورِهِمْ وَخِتَارِيهِمْ مَا لَمْ يُظْهِرُوهَا، فَمَنْ أَرَأَى خُثُورَهُمْ، فَقَدْ تَعَدَّى، وَلَا ضَمَانَ (ح)، وَإِنْ عَصَبَ، فَعَلَيْهِ (و) مُؤَنَةُ الرَّدِّ، وَلَوْ تَرَأَفُوا إِلَيْنَا فِي خُصُومَاتِهِمْ، فَفِي وَجُوبِ الْحُكْمِ قَوْلَانِ^(٣)، وَيَجِبُ دَفْعُ الْكُفَّارِ عَنْهُمْ إِلَّا إِذَا انْفَرَدُوا بِبِلْدَةٍ بَعِيدَةٍ عَنْ بِلَادِ الإِسْلَامِ، وَقَصَدُوا، فَفِي وَجُوبِ دَفْعِ الْكُفَّارِ عَنْهُمْ (و) قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا لَا يَجِبُ، فَإِنْ شَرَطْنَاهُ وَجَبَ (و)، وَإِنْ

(١) وقال أيضاً: «وأما العشر فلم يثقل عن النبي صلى الله عليه وسلم». وروى الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن سالم عن أبيه، أن عمر بن الخطاب كان يأخذ من القبط من الحنطة والزيت نصف العشر يريد بذلك أن يكثر الحمل إلى المدينة، وكان يأخذ من القبطية العشر. [ت]

والحديث أخرجه مالك (٢٨١/١) كتاب الزكاة، باب عشور أهل الذمة، حديث (٤٦). وعنه الشافعي في «المسند» (٢٤١/١) كتاب الزكاة. باب فيما يجب أخذه من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ، حديث (٦٥٧). من طريق الزهري عن سالم عن أبيه أن عمر... فذكره وقال أيضاً: وروي أيضاً عن مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد قال كنت عاملاً مع عبدالله بن عتبة على سوق المدينة في زمان عمر رضي الله عنه فكان يأخذ من القبط العشر. [ت]

والحديث أخرجه مالك (٢٨١/١) كتاب الزكاة، باب عشور أهل الذمة، حديث (٤٧)، وعنه الشافعي في «المسند» (٢٤٢/١) كتاب الزكاة، باب فيما يجب أخذه من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ، حديث (٦٥٨). من طريق الزهري عن السائب بن يزيد به.

(٢) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «ولو ترأفوا إلينا في خصوماتهم، ففي وجوب الحكم قولان» هذا مذكور في النكاح بخلاف الجزية إذ تجب الإجابة إليها قد ذكره في الجزية حيث قال: ويجب عليه القبول إذا بذلوه إلا إذا خاف غائلتهم. [ت]

قُلْنَا: يَجِبُ، فَلَوْ شَرَطْنَا أَلَّا تَذُبَّ، صَحَّ الشَّرْطُ.
(أَمَّا حُكْمُهُ) عَلَيْهِمْ، فَخَمْسَةُ أُمُورٍ.

(الْأَوَّلُ فِي الْكَنَائِسِ)، فَإِنْ كَانُوا يَبْلَدُهُ بَنَاهَا الْمُسْلِمُونَ، فَلَا يُمَكِّنُونَ مِنْ بِنَاءِ كَنِيسَةٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ مَلَكَتْ رَقَبَةً بَلَدَهُ مِنْ بِلَادِهِمْ قَهْرًا، لَكِنْ لَوْ أَرَادَ الْإِمَامُ أَنْ يُقَرَّرَ كَنِيسَةٌ مِنَ الْكَنَائِسِ الْقَدِيمَةِ، وَتُقَرَّرَ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:
وَالْأَصَحُّ وَجُوبٌ نَقْضِ كَنَائِسِهِمْ.

أَمَّا إِذَا فَتِحَتْ بِالضُّلْحِ عَلَى أَنْ يَسْكُنُوهَا بِخَرَاجٍ، وَرَقَبَةُ الْأَيُّنَةِ لِلْمُسْلِمِينَ، وَشَرَطُوا إِنْقَاءَ كَنِيسَةٍ، جَازَ، وَإِنْ أَطْلَقُوا، فَفِي وَجُوبٍ ذَلِكَ؛ إِنْشَاءً لِمَا صَالَحَنَا عَلَيْهِ مِنَ التَّقْرِيرِ وَجْهَانِ، أَمَّا إِذَا فَتِحَتْ عَلَى أَنْ يَكُونَ رَقَبَةُ الْبَلَدِ لَهُمْ، وَعَلَيْهِمْ خَرَاجٌ، فَهَذِهِ بَلَدُهُمْ، وَلَا تُنْقَضُ كَنَائِسُهُمْ، وَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُمْ لَا يُمْنَعُونَ مِنْ إِخْدَاتِ كَنِيسَةٍ؛ إِذْ يَجُوزُ لَهُمْ فِيهَا إِظْهَارُ الْخَمْرِ وَالنَّاقُوسِ وَغَيْرِهِ؛ وَحَيْثُ مَنَعْنَا مِنَ الْإِخْدَاتِ قَطُّ، فَلَا نَمْنَعُ مِنْ عِمَارَةِ الْقَدِيمَةِ؛ إِذَا أَسْتَرَمْتُمْ، فَلَوْ أَنَّهُدَمْتُمْ، فَفِي جَوَازِ إِعَادَتِهَا وَجْهَانِ، وَفِي تَوْسِيعِ خُطَّتِهَا وَجْهَانِ، وَلَا يَلْزَمُهُمْ إِخْفَاءُ الْعِمَارَةِ، وَضَرْبُ النَّاقُوسِ يُمْنَعُ مِنْهُ؛ كَمَا ظَهَرَ الْخَمْرُ.
وَقِيلَ: هُوَ تَابِعٌ لِلْكَنِيسَةِ.

(الْوَاجِبُ الثَّانِي: تَرْكُ مُطَاوَلَةِ الْبُتْيَانِ)، فَلَا يُغْلِي بِنَاءَهُ عَلَى جَارِهِ الْمُسْلِمِ، وَإِنْ كَانَ دَاوِرَ جَارِهِ فِي غَايَةِ الْإِنْخِفَاضِ، وَلَوْ سَاوَاهُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانُوا فِي مَوْضِعٍ مُتَّفِرِدٍ، فَلَا حَاجَ.
وَقِيلَ: يُمْنَعُ مِنَ التَّجَمُّلِ بِالرَّفْعِ.

وَلَوْ اشْتَرَى دَارًا مُزَيَّنَةً، لَمْ يُمْنَعُ، وَلَمْ تُهْدَمْ بِحَالٍ.
(الثَّالِثُ): يُمْنَعُونَ (و) مِنْ رُكُوبِ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ النَّفِيسَةِ^(١)، وَلَا يُمْنَعُ (و) مِنَ الْجِمَارِ، وَلَكِنْ رِكَابُهُ مِنَ الْخَسْبِ، وَيُمْنَعُونَ مِنْ جَادَةِ الطَّرِيقِ، وَيَضْطَرُّونَ إِلَى الْمَضِيقِ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الطَّرِيقُ خَالِيًا.
(الرَّابِعُ): يَلْزَمُهُمُ الْغِيَارُ، وَكَذَا الْمَرْأَةُ (و)، وَكَذَا فِي الْحَمَامِ، وَكُلُّ ذَلِكَ وَاجِبٌ، أَوْ مُسْتَحَبٌّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا تَرْكُ الْكَنِيسَةِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا، فَوَاجِبٌ.

(الْخَامِسُ): الْأَنْفِيَادُ لِلْحُكْمِ إِذَا زَنَى (و) بِمُسْلِمَةٍ، أَوْ سَرَقَ (و) مَالَ مُسْلِمٍ.
(أَمَّا مَا لَا يَتَعَلَّقُ بِمُسْلِمٍ)، فَإِنْ تَرَاغَبُوا إِلَيْنَا، قَضَيْنَا، وَإِلَّا فَلَا، وَعَلَيْهِمْ أَيْضًا كَفُّ اللِّسَانِ، فَإِنْ أَظْهَرُوا الْخَمْرَ، وَالنَّاقُوسَ، وَمُعْتَقَدَهُمْ فِي الْمَسِيحِ، وَغَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا لَا ضَرَرَ عَلَى مُسْلِمٍ، عَزَزْنَاهُمْ، وَلَا يُنْقَضُ بِهِ الْعَهْدُ.

(١) قال الرافعي «يمنعون من ركوب الخيل والبغال النفيسة» هذا وجه، والظاهر أنه لا منع من ركوب البغال.
[ت]

وَأَمَّا يُنْتَقَضُ الْعَهْدُ بِالْقِتَالِ، وَالْحَقُّ (و) بِهِ مَنَعُ الْجِزْيَةِ، وَالتَّمَوُّدُ عَنِ الْأَحْكَامِ.

(أَمَّا) الزَّنَا بِالْمُسْلِمَةِ وَالطَّلُوعُ عَلَى عَوَزَاتِ الْمُسْلِمِينَ وَدَعْوَةُ الْمُسْلِمِينَ إِلَى دِينِهِمْ، فَبِئْسَ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٌ؛ وَفِي الثَّلَاثِ؛ أَنَّهُ يُنْتَقَضُ، إِنْ شَرِطَ الْإِنْتِقَاضُ فِي عَهْدِهِ.

(وَأَمَّا) قَطْعُ الطَّرِيقِ وَالْقَتْلُ الْمَوْجِبُ لِلْقِصَاصِ، فَمِنْهُمْ مَنْ أَلْحَقَهُ بِالزَّنَا، وَمِنْهُمْ مَنْ أَلْحَقَهُ بِالْقِتَالِ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ فِي (ح م) تَعَرُّضِهِمْ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالسَّبِّ وَمَا يُخَالِفُ مُعْتَقَدَنَا^(١)، ثُمَّ حُكْمُ انْتِقَاضِ الْعَهْدِ بِالْقِتَالِ أَلَاغْتِيَالُ، وَفِيمَا عَدَاهُ قَوْلَانِ.

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَا يُغْتَالُ، لَكِنْ يُلْحَقُ بِالْمَأْمَنِ، وَلَوْ نَبَذْنَا إِلَيْهِ الْعَهْدَ أَيْضًا، لَا يُغْتَالُ، وَيُلْحَقُ بِالْمَأْمَنِ، وَأَمَّا الْمُسْلِمُ، فَهُوَ إِنْ كَذَبَ عَلَى الرَّسُولِ، عَزَّرَ، وَإِنْ كَذَبَ الرَّسُولَ، فَهُوَ مُرْتَدٌّ، وَإِنْ نَسَبَ نَبِيًّا إِلَى الزَّنَا، فَهُوَ مُرْتَدٌّ، فَإِنْ أَسْلَمَ لَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ.

وَقِيلَ: يُقْتَلُ لِلْقَذْفِ حَدًّا.

وَقِيلَ: يُجْلَدُ ثَمَانِينَ حَدًّا.

(الْعَهْدُ الثَّانِي: الْمُهَادَنَةُ)، وَالتَّنَظُّرُ فِي شُرُوطِهِ وَأَحْكَامِهِ:

(أَمَّا الشُّرُوطُ)، فَأَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ): أَلَّا يَتَوَلَّاهُ إِلَّا الْإِمَامُ، لِأَنَّهُ تَزَكُّ قِتَالٍ مَعَ جَمْعٍ مِنْ غَيْرِ مَالٍ.

(الثَّانِي): أَنْ يَكُونَ لِلْمُسْلِمِينَ [إِلَيْهِ]^(٢) حَاجَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاجَةٌ، وَلَا مَضَرَّةٌ، وَطَلَبُوا ذَلِكَ، لَمْ تَجِبْ (و) الْإِجَابَةُ، بَلْ يُنْظَرُ إِلَى الْأَصْلَحِ؛ بِخِلَافِ الْجِزْيَةِ؛ إِذْ تَجِبُ (و) الْإِجَابَةُ إِلَيْهَا.

(الثَّالِثُ): أَنْ تَخْلُوَ عَنْ شَرْطٍ فَاسِدٍ؛ كَشَرْطِ تَزَكُّ مُسْلِمٍ فِي أَيْدِيهِمْ أَوْ مَالِ مُسْلِمٍ فِي أَيْدِيهِمْ، وَكَذَا لَوْ أَلْتَزَمَ مَالًا، فَهُوَ فَاسِدٌ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ الْخَوْفُ.

(الرَّابِعُ): الْمُدَّةُ فَلَا تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَجُوزُ فِيمَا دُونَ السَّنَةِ؛ لِأَنَّ السَّنَةَ مُدَّةُ الْجِزْيَةِ، فَلَا يُسَامَحُ إِلَّا بِمَالٍ، وَإِنْ كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ ضَعْفٌ، جَازَ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ، وَلَا يُرَادُ عَلَيْهِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، فَإِنْ أَطْلَقَ الْمُهَادَنَةَ، فَسَدَتْ.

وَقِيلَ: يَنْزِلُ عِنْدَ الضَّعْفِ عَلَى عَشْرِ سِنِينَ، وَعِنْدَ الْقُوَّةِ يَنْزِلُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَعَلَى مَا يُقَارِبُ السَّنَةَ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَلَوْ صَرَّحَ بِالزِّيَادَةِ، لَعَتِ الزِّيَادَةُ، وَفِي صِحَّتِهِ فِي الْبَاقِي قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، ثُمَّ حُكْمُ الْفَاسِدِ

(١) فِي أ، ب مَعْتَقَدِهِمْ.

(٢) سَقَطَ مِنْ ب.

أَلَّا يُغْتَالَ إِلَّا بَعْدَ الْإِنْدَارِ، وَالصَّحِيحُ يَجِبُ الْوَفَاءُ فِيهِ بِالْمَشْرُوطِ إِلَى آخِرِ الْمُدَّةِ، أَوْ إِلَى أَنْ يَصْدُرَ مِنْهُ جِنَايَةٌ، وَعَلِمُوهَا، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهُ جِنَايَةٌ، فَيُنْذَرُ وَلَا يُغْتَالَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ اسْتَشْعَرَ الْإِمَامُ جِنَايَةَ، جَازَ (و) لَهُ أَنْ يَنْبِذَ الْعَهْدَ إِلَيْهِمْ، وَيُنْذِرَهُمْ، وَلَا يَجُوزُ (و) تَبْذُؤُ الْجَزِيَّةِ بِمُجَرَّدِ التُّهْمَةِ.

وَلَوْ زَالَ خَوْفُ الْمُسْلِمِينَ، وَجَبَ الْوَفَاءُ بِالْمَشْرُوطِ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهَا)، وَهُوَ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ الصَّحِيحِ، وَالْعَادَةُ أَنْ يُشْتَرَطَ رَدُّ مَنْ جَاءَنَا مِنْهُمْ عَلَيْهِمْ؛ وَذَلِكَ جَائِزٌ، إِلَّا فِي الْمَرْأَةِ، إِذَا هَاجَرَتْ إِلَيْنَا مُسْلِمَةً، لَا يَحِلُّ رَدُّهَا، وَلَا يَصِحُّ شَرْطُ ذَلِكَ، وَعَزَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ^(١)، فَقِيلَ: كَانَ سَبَبُهُ؛ أَنَّهُ شَرَطَ رَدَّهِنَّ، ثُمَّ وَرَدَ النَّسَخُ.

وَقِيلَ: كَانَ سَبَبُهُ أَنَّهُ أَوْهَمَ بِالْعُمُومِ رَدَّهُنَّ؛ فَعَلَى هَذَا، نَحْنُ أَيْضاً إِذَا أَوْهَمْنَا رَدَّهُنَّ، غُرْمَتْنَا لِرُزُوجِهِنَّ مَا بَدَلَ مِنَ الصَّدَاقِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ خَمَراً أَوْ خِنْزِيراً، وَإِنْ لَمْ يَبْذُلْ شَيْئاً، فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ أَخَذَتِ الصَّدَاقَ، فَوَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ، فَقَوْلَانِ، وَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ بَعْدَ انْقِضَاءِ النِّكَاحِ، فَطُلِبَ مِنْهُ مَهْرُ

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَعَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الصَّدَاقَ إِلَى آخِرِهِ» رَوَى الْبُخَارِيُّ عَنْ أَبِي حُدَيْفَةَ عَنْ سَفْيَانَ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ عَنْ الْبَرَاءِ قَالَ: صَلَّحَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الْمَشْرِكِينَ يَوْمَ الْحُدَيْيَةِ عَلَى أَنْ مِنْ أَنَاهُ مِنَ الْمَشْرِكِينَ رَدَّهُ إِلَيْهِمْ، وَكَانَ يَرِدُ مِنْ جَاءِهِ مِنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ مُسْلِماً، فَجَاءَتْهُ أُمُّ كُلثُومَ بِنْتُ عَتَبَةَ بْنِ أَبِي مَعِيْطٍ فَلَمْ يَرُدَّهَا، وَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ﴾ [الْمَمْتَحَنَةُ: ١٠] وَأَنْزَلَ فِي غَرَمِ الْمَهْرِ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَأَتَوْهُنَّ مَا أَنْفَقُوا﴾ [الْمَمْتَحَنَةُ آيَةُ ١٠] [ت].

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ تَعْلِيْقاً (٣٥٨/٥ - ٣٥٩) كِتَابُ الصَّلَاحِ، بَابُ الصَّلَاحِ مَعَ الْمَشْرِكِينَ، رَقْمُ (٢٧٠٠) وَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ لَامٍ كُلثُومَ إِنَّمَا جَاءَ ذِكْرُهَا فِي حَدِيثِ الْمَسُورِ بْنِ مَخْرَمَةَ وَمُرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٥١٩/٧) كِتَابُ الْمَغَازِي، بَابُ غَزْوَةِ الْحُدَيْيَةِ. حَدِيثُ (٤١٨٠، ٤١٨١). وَالْبَيْهَقِيُّ (١٧٠/٧ - ١٧١) كِتَابُ النِّكَاحِ بَابُ مَا جَاءَ فِي تَحْرِيمِ حَرَائِرِ أَهْلِ الشَّرْكِ، مِنْ طَرِيقِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ سَمِعَ الْمَسُورَ بْنَ مَخْرَمَةَ وَمُرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ يَخْبِرَانِ خَبِراً مِنْ خَبَرِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي عَمْرَةِ الْحُدَيْيَةِ فَكَانَ فِيمَا أَخْبَرَنِي عُرْوَةُ عَنْهُمَا أَنَّهُ «لَمَّا كَاتَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَهِيلَ بْنَ عَمْرِو يَوْمَ الْحُدَيْيَةِ عَلَى قَضِيَةِ الْمُدَّةِ وَكَانَ فِيمَا اشْتَرَطَ سَهِيلُ بْنُ عَمْرِو أَنَّهُ قَالَ: لَا يَأْتِيكَ مِنْ أَحَدٍ وَإِنْ كَانَ عَلَى دِينِكَ إِلَّا رَدَدْتَهُ إِلَيْنَا وَخَلَيْتَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ وَأَبَى سَهِيلُ أَنْ يَقَاضِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَّا عَلَى ذَلِكَ فَكَرِهَ الْمُؤْمِنُونَ ذَلِكَ وَامْعَضُوا فَتَكَلَّمُوا فِيهِ فَلَمَّا أَبَى سَهِيلُ أَنْ يَقَاضِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَّا عَلَى ذَلِكَ كَاتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَدَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَبَا جَنْدَلٍ بْنَ سَهِيلٍ يَوْمَئِذٍ إِلَى أَبِيهِ سَهِيلِ بْنِ عَمْرِو وَلَمْ يَأْتِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَحَدٌ مِنَ الرِّجَالِ إِلَّا رَدَّهُ الْمُدَّةَ وَإِنْ كَانَ مُسْلِماً وَجَاءَتْ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ فَكَانَتْ أُمُّ كُلثُومَ بِنْتُ عَقْبَةَ بْنِ أَبِي مَعِيْطٍ مِمَّنْ خَرَجَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهِيَ عَاتِقٌ فَجَاءَ أَهْلُهَا يَسْأَلُونَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَرْجِعَهَا إِلَيْهِمْ حَتَّى أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْمُؤْمِنَاتِ مَا أَنْزَلَ.

وَالْحَدِيثُ ذَكَرَهُ السُّيُوطِيُّ فِي «الدَّرِّ الْمَثْنُورِ» (٣٠٦/٦) وَزَادَ نَسْبَتَهُ إِلَى أَبِي دَاوُدَ فِي نَاسَخِهِ.

الْمَسِيرِ، فَهَلْ يُعْرَمُ لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ لَيْسَ أَهْلًا لِطَلَبِهَا عِنْدَ الْغَرَامَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَعَلَى الْجُمْلَةِ؛ إِنَّمَا يُعْرَمُ لِلزَّوْجِ، إِذَا جَاءَ لِطَلَبِهَا، وَإِنْ جَاءَ أَبُوْهَا لِطَلَبِهَا، لَمْ نُعْرَمْ شَيْئًا.

وَلَوْ دَخَلَتْ كَافِرَةٌ، رَدَدْنَاهَا، فَإِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ، غُرْمَتَا (و) لِزَوْجِهَا، وَإِنْ أَرْتَدَّتْ، فَلَا نَزْدُهَا، وَلَمْ يَجِبِ الْغُرْمُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِإِطْلَاقِ تَقْوِيمِ بَعْضِهَا، وَلَوْ جَاءَتْ مَجْنُونَةٌ، لَا نَزْدُهَا؛ لِاخْتِمَالِ الْإِسْلَامِ قَبْلَ الْجُنُونِ، وَلَا يُعْرَمُ.

وَالصَّبِيَّةُ (و) إِذَا وَصَفَتْ الْإِسْلَامَ، فَلَا نَزْدُهَا، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَصِحُّ إِسْلَامُهَا، وَتُعْرَمُ^(١) [عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ]^(٢).

وَالرَّقِيقَةُ لَا نَزْدُ، وَتُعْرَمُ لِسَيِّدِهَا، إِذَا جَاءَ يَطْلُبُهَا قِيَمَتَهَا، لَا مَا اشْتَرَى بِهِ، وَلَوْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً (و)، وَجَاءَ السَّيِّدُ وَالزَّوْجُ، غُرْمَتَا الْقِيَمَةِ وَالْمَهْرَ، وَإِنْ جَاءَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَلْزَمْنَا شَيْءٌ؛ عَلَى وَجْهِ، وَلَزِمْنَا حَقَّ الطَّالِبِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَعَلَى وَجْهِ ثَالِثٍ تَجِبُ لِلْسَّيِّدِ الْقِيَمَةُ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْيَدِ وَخُدَهُ دُونَ الزَّوْجِ.

وَلَوْ قُتِلَتْ قَبْلَ الطَّلَبِ، أَوْ مَاتَتْ، فَلَا غُرْمَ، وَإِنْ قُتِلَتْ بَعْدَ الطَّلَبِ، وَجَبَ الْغُرْمُ عَلَى الْقَاتِلِ مَعَ الْقِصَاصِ.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ، وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ، فَالْنَّصُّ أَنَّهُ لَا غُرْمَ لِلزَّوْجِ، إِنْ لَمْ يُرَاجِعْ وَفِي وُجُوبِ رَدِّ الْعَبْدِ وَالْحُرِّ الَّذِي لَا عَشِيرَةَ لَهُ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ، فَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ الرُّدُّ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشْتَرَطَ كَفُّ [الْأَذَى]^(٣) فِي الْمُهَادَنَةِ، وَالْحُرُّ إِذَا لَمْ يُطْلَبْ، لَا يَجِبُ رَدُّهُ، وَإِذَا طُلِبَ، رُدَّ، وَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَلَى الطَّالِبِ، وَأَنْ يَقْتُلَهُ (و)، إِذَا لَمْ يَجْرِ مَعَهُ شَرْطٌ، وَلَكِنَّا أَنْ نَعْرِفَهُ جَوَازَ ذَلِكَ بِالتَّعْرِيصِ لَا بِالتَّضَرُّعِ، وَلَوْ شَرَطْنَا أَنَّ مَنْ جَاءَهُمْ مِنَّا، فَلَا يُرَدُّونَ، وَفِينَا (و) بِالشَّرْطِ، إِلَّا فِي الْمَرَأَةِ، فَإِنَّا نَسْتَرُدُّهَا (و)، وَإِنْ كَانَتْ مُرْتَدَّةً، فَإِنْ تَعَدَّرَ، غُرْمَتَا لِزَوْجِهَا الْمُسْلِمِ مَا أَتَّفَقَ مِنْ صَدَاقِهَا، فَإِنْ جَاءَتْنَا وَاحِدَةٌ مِنْهُمْ، صَرَفْنَا صَدَاقَهَا إِلَى زَوْجِ الْمُرْتَدَّةِ، إِنْ تَسَاوَى الْقَدْرَانِ، وَإِلَّا جَبَرْنَا التَّقْصَانَ أَوْ الزِّيَادَةَ، وَقُلْنَا: وَاحِدَةٌ بِوَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ جَمِيعَهُمْ كَالشَّخْصِ الْوَاحِدِ.

(١) قال الرافعي: «وإن قلنا: لا يصح إسلامها وتغرم» هذا وجه، والأظهر أنا لا نغرم في الحال كما لو كانت مجنونة، فإن بلغت ووصفت الإسلام فحينئذ تغرم. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) في ط: الأدمي.

(كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ)

وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْنِ:

(الْأَوَّلُ): فِي سَبَبِ حِلِّ الذَّيْبَةِ، وَلِلذَّبْحِ أَرْبَعَةُ أَزْكَانٍ:

(الْأَوَّلُ): الذَّبَائِحُ، وَهُوَ كُلُّ مُسْلِمٍ أَوْ كِتَابِيٍّ عَاقِلٍ، وَلَا تَحِلُّ ذَيْبَةُ الْمَجُوسِيِّ وَالْوَتْنِيِّ، أَمَّا الْمُتَوَلَّدُ بَيْنَ الْكِتَابِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ، فَقَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا التَّخْرِيمُ، وَالْآخَرُ: النَّظَرُ إِلَى الْأَبِ.

وَتَحِلُّ ذَيْبَةُ الْأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ، وَلَوْ أَشْتَرَكَ مُسْلِمٌ وَمَجُوسِيٌّ فِي الذَّبْحِ، حُرْمٌ؛ وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَا سَهْمَيْنِ أَوْ كِلَيْتَيْنِ إِلَى الصَّيْدِ [حُرْمٌ] ^(١)، وَلَوْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا، وَصَيَّرَهُ إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، فَالْحُكْمُ لَهُ، وَلَوْ رَدَّ كُلُّبُ الْمَجُوسِيِّ الصَّيْدَ عَلَى كُلِّبِ الْمُسْلِمِ، فَاغْتَرَسَهُ، حَلٌّ (ح)، وَلَوْ أَخْنَعَهُ كُلُّبُ الْمُسْلِمِ، فَأَذْرَكَهُ كُلُّبُ الْمَجُوسِيِّ، وَقَتَلَهُ، فَهُوَ مَيْتَةٌ، وَيُضْمَنُهُ الْمَجُوسِيُّ لِلْمُسْلِمِ، وَلَا تَحِلُّ ذَيْبَةُ الْمَخْنُونِ وَالصَّبِيِّ اللَّيْلِ لَا يُمَيِّزُ، عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ وَتَحِلُّ (و) ذَيْبَةُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَالْأَعْمَى، وَفِي أَصْطِلَاحِهِ بِالرَّمْيِ وَالْكَلْبِ وَجَهَانٍ؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُهُ قَصْدُ عَيْنِ الصَّيْدِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الذَّبْحُ)، وَلَا بُدَّ مِنَ الذَّبْحِ فِي كُلِّ حَيَوَانٍ لَا تَحِلُّ مَيْتَتُهُ، وَتَحِلُّ (و) أَبْتِلَاحُ السَّمَكَةِ، وَيَتَعَيَّنُ الْحَلُّ وَاللَّيْثُ فِي الذَّبْحِ، إِلَّا فِي الصَّيْدِ، وَالْحَيَوَانِ الْإِنْسِي، إِنْ تَوَحَّشَ، فَهُوَ كَالصَّيْدِ (م)، وَالتَّبَعِيرُ إِنْ تَرَدَّى فِي الْبِئْرِ، جَازَ الطَّعْنُ فِي خَاصِرَتِهِ، وَلَوْ شَرَدَ الْبَعِيرُ، وَجَبَ الصَّبْرُ إِلَى الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يُودِّيَ طَلَبُهُ إِلَى مَهْلَكَةٍ، فَيَكُونُ كَالصَّيْدِ، وَإِنْ كَانَ يُودِّيَ إِلَى مَوْضِعٍ لُصُوصٍ وَغَضَابٍ، فَوَجْهَانٍ، وَلَوْ جَرَحَ الصَّيْدُ بِسَهْمٍ، أَوْ جَرَحَهُ الْكَلْبُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَغْدُو إِلَيْهِ ^(٢)، فَإِنْ بَقِيَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ ذَيْبَةً، فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّى مَاتَ، فَحَرَامٌ، وَلَا يُغْدَرُ بِأَلَّا يَكُونَ مَعَهُ مُدْيَةٌ، أَوْ سَقَطَ مِنْهُ، أَوْ نَشَبَ (و) فِي الْغَمْدِ، أَوْ غُصِبَ (و) مِنْهُ، وَإِنَّمَا يَسَاحُ إِذَا أَذْرَكَهُ مَيْتًا أَوْ فِي حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، وَلَوْ قَدْ صِيدَا بِنِصْفَيْنِ، فَالْنِّصْفَانِ حَلَالٌ، وَإِنْ أَبَانَ غُضْوًا بِجُرْحٍ مُذَقَّبٍ، فَالْغُضْوُ حَلَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُذَقَّفًا، فَذَبْحُ الصَّيْدِ، أَوْ مَاتَ بِجُرْحٍ مُذَقَّبٍ، فَالْغُضْوُ حَرَامٌ، وَإِنْ مَاتَ بِذَلِكَ الْجُرْحِ، فَوَجْهَانٍ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ): الْآلَةُ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ:

(الْأَوَّلُ): جَوَارِحُ الْأَسْلِحَةِ، وَيَجُوزُ رَمْيُ الصَّيْدِ وَالذَّبْحِ بِجَمِيعِهِمَا إِلَّا السِّنَّ وَالظُّفْرَ؛ فَيَحْرُمُ الذَّبْحُ بِهِ، مُتَّصِلًا كَانَ أَوْ مُتَفَصِّلًا (ح).

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافي: «ولو جرح الصيد بسهم أو جرحه الكلب فعليه أن يغدو إليه» هذا وجه والأظهر أنه لا يجب العدو، بل يكفي بالمشي كما في السعي إلى الجمعة، وإن عرف التحريم بالجمعة بإمارة. [ت]

(الثاني: الْمُثَقَّلَاتُ)، وَالَّذِي مَاتَ بِهِ حَرَامٌ؛ كَمَا لَوْ رَمَى بِبُنْدُقَةٍ أَوْ أَلْقَاهُ فِي بئرٍ، فَانْصَدَمَ، أَوْ انْحَنَى بِالْأُخْبُولَةِ، فَلَا بُدَّ مِنْ جَارِحٍ، وَلَوْ مَاتَ تَحْتَ الْكَلْبِ غَمًا، فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ مَاتَ بِسَهْمٍ وَبُنْدُقَةٍ أَوْ انْصَدَمَ بِالْأَرْضِ، أَوْ تَدَفَّوْهُ مِنْ جَبَلٍ، أَوْ وَقُوعٍ فِي مَاءٍ، أَوْ انْصَدَمَ بِأَغْصَانِ الشَّجَرَةِ، فَهُوَ حَرَامٌ، بَلْ لَا يُغْنَى إِلَّا عَنِ الْانْصِدَامِ بِالْأَرْضِ، فَإِنَّ ذَلِكَ بَعْدَ الْجُرْحِ لَا يَحْرُمُ لِلضَّرُورَةِ، وَلَا يَكْفِي كَسْرُ الْجَنَاحِ، مَعَ الْانْصِدَامِ بِالْأَرْضِ.

(الثالث: جَوَارِحُ الْحَيَوَانِ)، وَالْكَلْبُ الْمُعْلَمُ كَالَّةُ الذَّابِحِ، فَحِلُّ فَرِيَسَتِهِ، وَالْمُعْلَمُ هُوَ الَّذِي يَنْزَجُرُ بِزَجْرِ صَاحِبِهِ، وَيَسْتَنْزِلُ بِإِزْسَالِهِ، وَلَا يَأْكُلُ (و) مِنْ فَرِيَسَتِهِ، وَهَلْ يُشْتَرِطُ أَنْزَجَارُهُ بِزَجْرِهِ بَعْدَ اشْتِدَادِ عَذْوِهِ بِإِزْسَالِهِ وَحِدَّتِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَيْتَكُونُ مِنْهُ تَرْكُ الْأَكْلِ مِرَارًا (و)؛ حَتَّى يَظْهَرَ بِهِ تَعَلُّمُهُ، فَإِنْ أَكَلَ الْمُعْلَمُ نَادِرًا، لَمْ تَحْرُمِ تِلْكَ الْفَرِيَسَةُ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، فَإِنْ اغْتَادَ الْأَكْلَ، حُرِّمَتِ الْفَرِيَسَةُ الَّتِي بِهَا ظَهَرَتْ عَادَتُهُ، وَهَلْ يَحْرُمُ مَا أَكَلَ مِنْهَا قَبْلَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَعَنَ الدِّمَ لَيْسَ (و) كَالْأَكْلِ، وَمَوْضِعُ عَضِّ الْكَلْبِ يَغْسُلُ سَبْعًا، وَيُعْفَرُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَقْوَرُ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيُغْفَى عَنْهُ؛ عَلَى وَجْهِهِ.

وَفَرِيَسَةُ الْفَهْدِ وَالنَّمْرِ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَدَّبُ بِتَرْكِ الْأَكْلِ^(١)، وَالتَّابِزِيُّ أَيْضًا لَا يَتْرُكُ الْأَكْلَ، وَلَكِنْ إِنْ صَارَ مُعْلَمًا، فَفِي فَرِيَسَتِهِ وَجْهَانِ^(٢)؛ لِأَنَّ جِنْسَ الطَّيُورِ لَا بُدَّ لَهَا مِنْ جَارِحَةٍ، وَتَغْلِيْمُ جَوَارِحِ الطَّيْرِ بِتَرْكِ الْأَكْلِ مُتَعَذَّرٌ؛ فَإِنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الضَّرْبَ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ) نَفْسُ الذَّنْبِ وَالْأَضْطِیَادِ، وَالذَّنْبُ سَيِّئَاتِي فِي «الصَّحَايَا»، وَأَمَّا الْأَضْطِیَادُ، فَهُوَ إِمَاتَةُ الصَّيْدِ بِآلَةٍ، وَهُوَ كُلُّ جَزْحٍ مَقْصُودٍ حَصَلَ بِهِ الْمَوْتُ، وَلِلْقَصْدِ ثَلَاثُ دَرَجَاتٍ:

(الأولى) أَضَلُّ الْفِعْلِ، وَلَا بُدَّ مِنْهُ، فَلَوْ سَقَطَ السَّيْفُ مِنْ يَدِهِ، فَانْتَجَرَ بِهِ صَيْدٌ، أَوْ نَصَبَ مِنْجَلًا فِي الشَّبَكَةِ، أَوْ سَكَّنَا فِي الْبِئْرِ، فَتَعَقَّرَ بِهِ الصَّيْدُ، فَحَرَامٌ (ح و)، وَلَوْ حَصَلَ قَطْعُ الْحَلْقِ بِحَرَكَةِ الْيَدِ، وَحَرَكَةِ الْحَيَوَانِ، فَحَرَامٌ؛ وَكَذَا فَرِيَسَةُ الْكَلْبِ الْمُسْتَنْزِلِ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ أَغْرَاهُ، فَازْدَادَ عَذْوًا يَحِلُّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ حِوَالَةَ عَلَى الْإِغْرَاءِ، حَتَّى لَوْ صَدَرَ مِنْ مَجْبُوسِي لِكَلْبٍ مُسْلِمٍ، حَرَمٌ، أَوْ مِنْ مُسْلِمٍ لِكَلْبٍ مَجْبُوسِيٍّ، حَلٌّ، أَوْ مِنْ غَاصِبٍ مَلَكُهُ الْغَاصِبُ؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَفِي الصَّيْدِ بِالْكَلْبِ الْمَغْضُوبِ وَجْهَانِ^(٣).

(١) قال الرافعي: «وفريسة الفهد والنمر حرام؛ لأنه لا يتأدب بترك الأكل» مفهومه أن ما يقتله الفهد والنمر من الصيد حرام؛ لأنه لا يصير معلماً؛ لأن أحد أركان التعلم ترك الأكل، وهو لا يترك الأكل وقد ذكر الإمام نحوه منه، لكن الذي نص عليه الشافعي والأصحاب حل ما قتله الفهد والنمر كحل ما قتله الكلب، فإن اتفق تعلم الفهد ونحوه بترك الأكل على ندور فهو كالكلب بلا خلاف، والتابزي أيضاً لا يترك الأكل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «لكن إن صار معلماً ففي فريسته وجهان» المشهور في اشتراط ترك الأكل في الطيور قولان. [ت]

وقال أيضاً: «ولكن إن صار معلماً ففي فريسته وجهان» لو قال: في فريسته ولم يقل: صار معلماً لم يضر. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ففي الصيد بالكلب المغضوب وجهان» المسألة المذكورة في «الغضب»، لكنه لم يذكر هناك =

أَصْحُهُمَا: أَنَّهُ لِلْغَاصِبِ.

وَلَوْ رَمَى سَهْمًا يَقْصُرُ عَنِ الصَّيْدِ، وَأَعَانَ الرِّيحُ؛ حَتَّى أَصَابَ، حَلٌّ، وَلَوْ أَنْصَدَمَ بِحَائِطٍ، فَأَصَابَ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَصَدَ الرَّمِي، فَأَنْقَطَعَ الْوَتَرُ، فَأَزْتَمَى السَّهْمُ فَوَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ: قَصْدُ جِنْسِ الْحَيَوَانِ)، فَلَوْ رَمَى سَهْمًا فِي خَلْوَةٍ، وَهُوَ لَا يَزُجُو صَيْدًا، فَأَكْفَقَ، حَرَمٌ؛ وَكَذَا لَوْ أَجَالَ سَيْفَهُ، فَأَصَابَ حَلْقَ شَاةٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ نَيْتُهُ الذَّبْحُ؛ إِذْ لَوْ قَطَعَ مَا ظَنَّهُ ثَوْبًا؛ فَإِذَا هُوَ حَلْقُ شَاةٍ، حَلٌّ، وَلَوْ ظَنَّهُ حَلْقَ آدَمِيٍّ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ، وَلَوْ ظَنَّ حَلْقَ خَنْزِيرٍ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجِلِّ.

(الثَّالِثَةُ: قَصْدُ عَيْنِ الْحَيَوَانِ)، فَلَوْ رَمَى بِاللَّيْلِ إِلَى حَيْثُ لَا يَرَاهُ، وَلَكِنْ قَالَ: رُبَّمَا أَصِيبَ صَيْدًا فَأَصَابَ، فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ؛ يُفْرَقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي مَظَنَّةِ التَّوَقُّعِ، أَوْ لَا يَكُونَ، فَيَعْدُ عَيْنًا، وَلَوْ قَصَدَ سَرْبًا مِنَ الطَّيِّاءِ، فَأَصَابَ وَاحِدًا حَلٌّ، وَلَوْ قَصَدَ وَاحِدًا مِنْهُ، فَأَصَابَ آخَرَ، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ كَانَ الْمُصَابُ مِنْ غَيْرِ السَّرْبِ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِالْمَنْعِ، وَلَوْ قَصَدَ حَجَرًا، فَأَصَابَ ظَبْيَةً، فَوَجْهَانِ، وَأَوَّلَى بِالتَّخْرِيمِ، وَلَوْ قَصَدَ خَنْزِيرًا، فَمَالَ إِلَى ظَبْيَةٍ، فَأَوَّلَى بِالتَّخْرِيمِ.

أَمَّا قَوْلُنَا: حَصَلَ الْمَوْتُ بِهِ، أَرَدْنَا أَنَّهُ لَوْ مَاتَ الْمَجْرُوحُ بِإِفْتِرَاسِ سَبْعٍ، أَوْ صَدَمَةٍ، لَمْ يَحِلَّ، فَإِنْ غَابَ عَنْهُ، وَأَذْرَكَهُ مَيْتًا، وَعَلَيْهِ أَثَرُ آخَرٍ، لَمْ يَحِلَّ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ أَثَرًا آخَرَ، فَقَوْلَانِ.

وَالْتَسْمِيَةُ مُسْتَحَبَّةٌ عِنْدَ الذَّبْحِ، وَعِنْدَ إِزْسَالِ الْكَلْبِ وَالسَّهْمِ، وَلَا تُشْتَرَطُ، وَهَلْ يَكْفِي لِلِاسْتِحْبَابِ التَّسْمِيَةُ عِنْدَ عَضِّ الْكَلْبِ؟ وَجْهَانِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي): فِي أَسْبَابِ الْمَلِكِ، وَهُوَ فَضْلَانِ:

(الْأَوَّلُ فِي الْإِنْفِرَادِ) وَإِثْمًا يُمْلِكُ الصَّيْدُ بِإِنطَالِ مَنَعَتِهِ أَوْ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ، أَوْ الْإِنْخَانِ، أَوْ الْوُقُوعِ فِيمَا نُصِبَ لِلصَّيْدِ، أَمَّا لَوْ تَوَحَّلَ بِمَرْزَعَتِهِ، أَوْ وَقَعَ فِي دَارِهِ أَوْ عَشَّشَ الطَّائِرُ فِي دَارِهِ لَمْ يُمْلِكْ بِمُجَرَّدِهِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، لَكِنْ هُوَ أَوَّلَى مِنْ غَيْرِهِ؛ كَالْمُنْتَحِرِ، فَإِنْ أَخَذَ غَيْرُهُ مِنْ مِلْكِهِ، فَهُوَ كَمَنْ أَخْيَا مَا تَحَجَّرَهُ غَيْرُهُ، وَإِنْ قَصَدَ مِنْ بِنَاءِ الدَّارِ تَغْيِيشَ الطَّائِرِ، فَوَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُغْتَادُ، وَلَوْ وَقَعَتْ مِنْهُ الشَّبَكَةُ، فَتَعَلَّقَ بِهَا الصَّيْدُ، فَوَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصُدْهُ وَإِثْمًا الْمَلِكُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ الْقَصْدِ وَالْعَادَةِ، وَلَوْ أَضْطَرَّهُ إِلَى مَضِيْقٍ لَا مُخْلَصَ لَهُ عَنْهُ مَلَكُهُ، وَإِنْ أَضْطَرَّ السَّمَكَةُ إِلَى بَرْكَةٍ وَاسِعَةٍ فَهُوَ كَالْمُنْتَحِرِ، وَإِنْ كَانَتْ ضَيْقَةً مَلَكٌ، وَإِذَا مَلَكٌ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ بِالْإِفْلَاتِ، وَهَلْ يَخْرُجُ بِالتَّخْرِيرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْ كِسْرَةِ خُبْزٍ فَهَلْ يَمْلِكُهُ مَنْ أَخَذَهُ؟ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوَّلَى بِأَنْ يَنْقَى عَلَى مِلْكِهِ، وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْ جِلْدِ مَيْتَةٍ فَذَبَعَهُ غَيْرُهُ فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوَّلَى بِأَنْ يَزُولَ مِلْكُهُ.

(فَرْعٌ): إِذَا اخْتَلَطَ حَمَامٌ بُرْجَ بِحَمَامٍ بُرْجٍ آخَرَ، وَعَسُرَ التَّمْيِيزُ، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بَيْنَ شَيْءٍ مِنَ ثَالِثٍ، وَإِنْ بَاعَ مِنْ صَاحِبِهِ، جَارًا؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِلْحَاجَةِ، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى بَيْعِ الْجَمِيعِ

مِنْ ثَالِثٍ، وَعَلِمَا مِقْدَارَ قِيَمَةِ الْمِلْكَيْنِ، أَوْ تَقَارَا عَلَى تَقْدِيرٍ؛ حَتَّى يُمَكِّنَ التَّوْزِيعُ، جَارَ، وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ، وَإِنْ اخْتَلَطَ حَمَامٌ مَمْلُوكٌ بِحَمَامِ بَلَدَةٍ لَا يَحْزُمُ الصَّيْدُ، إِذَا كَانَ الْمَمْلُوكُ مَخْصُورًا، فَلَوْ كَانَ غَيْرَ مَخْصُورٍ؛ كَحَمَامِ بَلَدَةٍ أُخْرَى، فَوَجْهَانِ.

(الفصل الثاني: في الاشتراك)، وَلَهُ أَحْوَالٌ:

(الأولى): أَنْ يَتَعَاقَبَ الْجُرْحَانِ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي مُدَقَّفًا، فَهُوَ لَهُ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَوَّلِ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مُدَقَّفًا، فَهُوَ لَهُ، وَعَلَى الثَّانِي أَزْشُ الْجِرَاحَةِ؛ لِأَنَّهُ جُزْءُ مَلِكٍ غَيْرِهِ، وَإِنْ أَزَمَنَ الْأَوَّلُ، وَدُقِفَ الثَّانِي، وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَفْرَءَةٌ، فَهِيَ مِثْنَةٌ، إِلَّا أَنْ يُصِيبَ الْمَذْبَحَ، وَإِنْ لَمْ يُصِيبِ الْمَذْبَحَ، فَهِيَ مِثْنَةٌ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الْأَوَّلِ، فَإِنْ لَمْ يُدَقَّفْ، وَمَاتَ بِالْجُرْحَيْنِ، فَفِي مِقْدَارِ الصَّمَانِ خِلَافٌ يَنْبِي عَلَى مَا لَوْ جَرَحَ عَبْدًا قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ، فَرَجَعَ إِلَى تِسْعَةٍ، فَجَرَحَهُ آخَرُ، فَمَاتَ مِنْهُمَا، فَلَوْ أَوْجَبْنَا عَلَى الثَّانِي نِصْفَ التَّسْعَةِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ نِصْفَ الْعَشْرَةِ، نَقَصَ الْمُبْلَغَانِ عَنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ فِي الْأَصْلِ، فَفِيهِ خَمْسَةٌ أَوْجُهُ:

فَعَلَى وَجْهِ لَا يُبَالِي بِهَذَا التَّقْصَانِ.

وَعَلَى وَجْهِ يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ خَمْسَةٌ (م).

وَعَلَى وَجْهِ يَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ خَمْسَةٌ وَنِصْفُ، وَعَلَى الثَّانِي خَمْسَةٌ.

وَعَلَى وَجْهِ يَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ أَحَدَ عَشَرَ جُزْءًا، مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ عَشْرَةٍ، وَعَلَى الثَّانِي عَشْرَةَ أَجْزَاءً، مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ عَشْرَةٍ حَتَّى لَا يَزِيدَ عَلَى الْقِيَمَةِ، وَيَتَفَاوَتْ الشَّرِيكَانِ.

وَعَلَى الْوَجْهِ الْخَامِسِ لَا يُمَكِّنُ إِيْجَابُ زِيَادَةِ عَلَى أَرْبَعٍ وَنِصْفٍ عَلَى الثَّانِي، وَالْبَاقِي إِلَى تَمَامِ الْعَشْرَةِ عَلَى الْأَوَّلِ، وَهُوَ الْأَقْرَبُ، وَلَا يَنْفَلِكُ وَجْهُ عَنْ بُعْدٍ، وَلَوْ كَانَتْ إِحْدَى الْجِرَاحَتَيْنِ مِنَ السَّيِّدِ، سَقَطَ مَا يُقَابِلُ جِرَاحَتَهُ، وَلَزِمَ الْبَاقِي عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَيُخْرَجُ عَلَى الْأَوْجِ الْخَمْسَةِ.

وَقِيلَ: مَسْأَلَةُ الصَّيْدِ كَمَسْأَلَةِ السَّيِّدِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مَالِكٌ.

وَقِيلَ: بَلْ يَجِبُ جَمِيعُ الْقِيَمَةِ عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ مَالِكٌ، وَالْمَالِكُ ذَابِخٌ، وَإِنَّمَا فَسَدَ بِجِنَايَةِ الثَّانِي، وَهَذَا إِنَّمَا يَنْتَجِي إِذَا كَانَ جَرَحُهُ بِحَيْثُ لَوْ مَاتَ بِهِ، يَحِلُّ، وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُمَكِّنِ الظَّفَرُ بِهِ، وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَفْرَءَةٌ.

(الحالة الثانية): أَنْ يُصِيبَا مَعًا، فَهُوَ لَهُمَا إِنْ تَسَاوَى جُرْحُهُمَا، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُزْمِنًا، أَوْ مُدَقَّفًا دُونَ الْآخَرِ، فَهُوَ لَهُ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْآخَرِ، وَإِنْ اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْإِزْمَانُ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا، فَهُوَ بَيْنَهُمَا، وَيُسْتَحَبُّ الْأَسْتِخْلَالُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، لِلشُّبْهَةِ.

(الحالة الثالثة)^(١): لَوْ عَلِمْنَا أَنَّ أَحَدَهُمَا مُدَقَّفٌ، وَشَكَكْنَا فِي الْآخَرِ، فَالنِّصْفُ مُسْلَمٌ

لِلْمُذَقِّ، وَالتَّصْفُ الْآخَرُ مَوْقُوفٌ إِلَى التَّصَالِحِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْكُلَّ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، أَمَّا إِذَا ذُقَّتْ أَحَدُهُمَا، وَأُزْمِنَ الْآخَرُ، وَلَمْ يُذَرْ السَّابِقُ، فَهُوَ حَرَامٌ؛ لاختِمَالِ كَوْنِ التَّذْهِيفِ قَاتِلًا بَعْدَ الْإِزْمَانِ.
وَقِيلَ هُوَ كَمَسْأَلَةِ الْإِنْمَاءِ^(١).

(الْحَالَةُ الرَّابِعَةُ)^(٢): وَلَوْ تَرْتَّبَ الْجُرْحَانِ، وَحَصَلَ الْإِزْمَانُ بِمَجْمُوعِهِمَا، فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لِلثَّانِي^(٣).

فَعَلَى هَذَا لَوْ عَادَ الْأَوَّلُ، وَجَرَحَهُ ثَانِيًا، فَجَرَّاحَتُهُ الْأُولَى هَدْرٌ، وَهَذَا مَضْمُونٌ، فَإِنْ مَاتَ بِالْجَرَّاحَاتِ الثَّلَاثِ، وَجَبَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الصَّيْدِ، وَبِهِ جَرَّاحَةُ الْهَدْرِ جَرَّاحَةُ الْمَالِكِ^(٤).
وَقِيلَ: عَلَيْهِ ثُلُثُ الْقِيَمَةِ.
وَقِيلَ: رُبُعُ الْقِيَمَةِ.

(١) أن يموت الصيد بحيث لا يُدْرَى أَمَاتَ بِسَهْمِكَ أَوْ بِسَهْمِ غَيْرِكَ. ينظر: المصباح المنير (٦٢٦).

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «ولو ترتب الجرحان، وحصل الإزمان بمجموعهما فهو بينهما، وقيل: إنه للثاني» نظم الكتاب يشعر بترجيح الأول، والظاهر الثاني. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن مات بالجراحات الثلاث وجب عليه قيمة الصيد وفيه جراحته المهذرة وجراحة المالك إلى آخره» النظم يشعر بترجيح وجوب تمام القيمة والأظهر التوزيع. [ت]

(كِتَابُ الضَّحَايَا)

وَالضَّحِيَّةُ سَنَةٌ غَيْرُ وَاجِبَةٍ ^(١) [ح م]، إِلَّا إِذَا نَذَرَ، أَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً، وَمُجَرَّدُ الشَّرَاءِ بَيْنَهُ الضَّحِيَّةُ لَا يَلْزَمُ [ح م]، وَالنَّظَرُ فِي أَحْكَامِهَا وَأَرْكَانِهَا:
(الْأَوَّلُ فِي الْأَرْكَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الذَّبِيحُ)، وَهُوَ النَّعَمُ فَقَطْ، وَلَا يُجْزَى مِنْ الضَّأْنِ إِلَّا الَّتِي فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَمِنْ الْمَعَزِ إِلَّا الَّتِي فِي الثَّالِثَةِ (و)؛ وَكَذَا مِنَ الْبَقَرِ، وَمِنْ الْإِبِلِ إِلَّا فِي السَّادِسَةِ، وَيُجْزَى الذَّكَرُ وَالْأُنثَى.

وَجُمْلَةٌ مِنَ الصِّفَاتِ تَمْنَعُ الْإِجْزَاءَ؛ فَلَا تُجْزَى الْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَفِي مَعْنَاهَا الْجَزَاءُ الْكَثِيرَةُ الْجَرْبِ دُونَ الْجَرْبِ الْبَسِيرِ ^(٢)، وَلَا الْعَرْجَاءُ الَّتِي يَمْتَنِعُ كَثْرَةُ تَرْدُدِهَا فِي الْمَرْعَى، إِلَّا أَنْ تَعْرِجَ، وَقَدْ أَضْجَعَتْ لِلضَّحِيَّةِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَا الْمَوْرَاءُ، وَإِنْ كَانَتْ (و) الْحَذَقَةُ بَاقِيَةً، وَلَا الْمَخْفَاءُ الَّتِي لَا نَقِيَ لَهَا، وَلَا الْمَجْنُونَةُ الَّتِي تَسْتَدِيرُ فِي الْمَرْعَى، وَلَا تَزْعَى، وَلَا الْمَقْطُوعُ مُعْظَمُ أُذُنِهَا، أَوْ قَدَرُ مَا يَظْهَرُ مِنَ الْبُعْدِ، وَلَا الَّتِي ^(٣) أَخَذَ الذُّبُّ مِقْدَاراً بَيِّنًا مِنْ فَخِذِهَا، أَمَّا الْمَقْطُوعَةُ قَدَرًا يَسِيرًا مِنْ أُذُنِهَا، أَوْ الْمَخْرُوقَةُ الْأُذُنِ، أَوْ الْمَشْفُوقَةُ، أَوْ الْمَقْطُوعُ جَمِيعُ ضَرْعِهَا، أَوْ الَّتِي أَتْلَعَ الذُّبُّ أَلْيَتَهَا فَفِي الْكُلِّ وَجْهَانِ، وَتُجْزَى (و) الْمَنْزُوعُ الْخُصِيَّةِ، وَالْمُنْكَسِرُ (م) الْقَرْنِ، وَالَّتِي لَا قَرْنَ لَهَا، وَالَّتِي تَنَاقَرُ (و) جَمِيعُ أَسْنَانِهَا، وَالْفَخْلُ وَإِنْ كَثُرَ نَزَوَاتُهُ، وَالْأُنثَى وَإِنْ كَثُرَتْ وَلَادَتُهَا، وَتُجْزَى الشَّاةُ عَنْ وَاحِدٍ، وَالْبَقَرُ وَالْإِبِلُ عَنْ سَبْعَةٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا (م) مِنْ أَهْلِ بَيْتٍ وَلَا جَمِيعُهُمْ مُضْحِينَ، وَيُجْزَى عَمَّنْ وَجَبَ عَلَيْهِ سَنُوعُ شَيْءٍ بِأَسْبَابٍ مُخْتَلِفَةٍ إِلَّا فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ، وَلَوْ أَشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي شَاتَيْنِ عَلَى الشُّيُوعِ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يُجْزَى نِصْفُ شَاةٍ وَاحِدَةٍ.

(أَمَّا السَّنَةُ) فَلَا أَحَبُّ هُوَ الْأَسْمَنُ الْأَكْمَلُ، وَسَنُوعٌ مِنَ الْغَنَمِ أَحَبُّ (و) مِنَ الْبَقَرَةِ وَالْبَدَنَةِ، وَالْبَدَنَةُ أَحَبُّ مِنَ الْبَقَرَةِ، وَالْأَبْيَضُ أَحَبُّ مِنَ الْأَسْوَدِ، وَالنَّصْرُ أَنَّ الْأُنثَى (ح) أَحَبُّ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ الَّتِي لَمْ تَلِدْ، وَإِلَّا فَلَحْمُ الذَّكَرِ أَطْيَبُ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْوَقْتُ) وَهُوَ يَوْمٌ (ح) النَّخْرِ وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ، وَدِمَاءُ الْجَبَرَانَتِ لَا وَقْتُ لَهَا ^(٤)،

(١) قال الرافي: «والضحية سنة غير واجبة» الجمع بين اللفظين للتأكيد. [ت]

(٢) قال الرافي: «وفي معناها الجرباء الكثيرة الجرب دون الجرب اليسير» هذا وجه اختاره الإمام، والذي أورده المعظم أن الجرب يمنع الاجزاء يسيراً كان أو كثيراً. [ت]

(٣) في ب الذي.

(٤) قال الرافي: «ودماء الجبرانات لا وقت لها» أي لا تختص بوقت. قد ذكره مرة في الحج. [ت]

وَأَوَّلُ الْوَقْتِ بِانْقِضَاءِ وَقْتِ الْكَرَاهَةِ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ يَوْمَ الْعِيدِ وَبَعْدَ مِقْدَارِ خُطْبَتَيْنِ وَرَكَعَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ، وَقِيلَ: بَلْ طَوِيلَتَيْنِ عَلَى الْعَادَةِ، وَآخِرُهُ غُرُوبُ الشَّمْسِ آخِرَ ثَالِثِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، وَيُجْزَى بِاللَّيْلِ، [م] ^(١) وَفِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ مِنْ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الذَّبْحُ) وَمَنْ حَلَّ ذَبَحَتْهُ صَحَّ مُبَاشَرَتُهُ لِلتَّضَحُّجَةِ، وَلَكِنْ لَوْ وَكَّلَ كِتَابِيًّا، فَلْيَنْوِ بِنَفْسِهِ، وَلَوْ وَكَّلَ مُسْلِمًا بِالتَّضَحُّجَةِ وَالنِّيَّةِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً، أَغْنَاهُ عَنْ تَجْدِيدِ النِّيَّةِ ^(٢) عِنْدَ الذَّبْحِ، وَلَا ضَحِيَّةَ (و) لِلرَّقِيقِ؛ إِذْ لَا مِلْكَ لَهُ، وَفِي الْمُكَاتَبِ إِنْ أَدَّى السَّيِّدُ خِلَافًا، وَلِيُبَاشِرَ الذَّبْحَ بِنَفْسِهِ، أَوْ لِيَشْهَدَ؛ فَهُوَ أَحَبُّ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الذَّبْحُ) وَهُوَ التَّذْهِيفُ يَقْطَعُ تَمَامَ الْخُلُقُومِ وَالْمَرِيءِ بِأَلَةٍ لَيْسَ بِعَظْمٍ (ح م) مِنْ حَيَوَانٍ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ، وَلَا يُشْتَرَطُ قَطْعُ الْأَوْدَاجِ [م] ^(٣)، وَلَوْ تَرَكَ جِلْدَةً يَسِيرَةً مِنَ الْخُلُقُومِ حَرُمَ، وَلَوْ قَطَعَ مِنَ الْقَفَا وَأَسْرَعَ حَتَّى انْقَطَعَ الْحَلْقُ قَبْلَ حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، جَازَ، وَلَوْ رَمَى رَأْسَ عُصْفُورٍ بِسُنْدُوقَةٍ لَمْ يَحِلَّ، وَلَوْ نَزَعَ غَيْرَهُ مَعَ ذَبْحِهِ حَشَوَةَ الْحَيَوَانِ، حَرُمَ؛ إِذْ لَمْ يَنْفَرِدِ الذَّبْحُ بِالتَّذْهِيفِ، وَالْمُشْرِفُ عَلَى الْمَوْتِ إِنْ شَكَّكْنَا فِي أَنَّ حَرَكَتَهُ كَحَرَكََةِ الْمَذْبُوحِ أَوْ حَيَاتُهُ مُسْتَقَرَّةٌ، فَالْعَالِبُ التَّحْرِيمُ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ بِدَوَامِ الْحَرَكَةِ بَعْدَ الذَّبْحِ، وَانْفِجَارِ الدَّمِ، وَعَلَامَاتٍ أُخْرَى جَازَ ذَبْحُهُ.

(أَمَّا الشُّنُّ) فَيُسْتَحَبُّ تَجْدِيدُ الشُّفْرَةِ؛ وَسُرْعَةُ الْقَطْعِ، وَتَوَجُّهُ الْمَذْبُوحِ إِلَى الْقِبْلَةِ، وَاسْتِقْبَالُ الذَّبَاحِ الْقِبْلَةَ، وَأَنْ يَقُولَ: بِسْمِ (ح) اللَّهِ، وَلَا يَقُولَ: بِسْمِ مُحَمَّدٍ، وَلَا يَقُولَ: بِسْمِ اللَّهِ وَمُحَمَّدٍ، وَلَوْ قَالَ: بِسْمِ اللَّهِ وَمُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ جَازَ، وَيُسْتَحَبُّ (م) ذَبْحُ الْبَعِيرِ فِي اللَّبَةِ لِلتَّسْهِيلِ، وَيَقُولُ فِي الضَّحِيَّةِ: اللَّهُمَّ إِنَّ هَذَا مِنْكَ وَإِلَيْكَ فَتَقَبَّلْ مِنِّي، وَيَنْوِي عِنْدَ التَّضَحُّجَةِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَيَّنَ الشَّاةَ، وَإِنَّمَا تَتَعَيَّنُ بِقَوْلِهِ: جَعَلْتُ هَذِهِ ضَحِيَّةً، وَلَوْ نَذَرَ ثُمَّ قَالَ: هَذِهِ عَنْ نَذْرِي، فَفِي التَّعْيِينِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ التَّضَحُّجَةُ بِهَذِهِ الشَّاةِ، فَفِي التَّعْيِينِ وَجْهَانِ مُرْغَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَتَعَيَّنَ، وَلَوْ عَيَّنَ الدَّرَاهِمَ لِلصَّدَقَةِ، لَمْ تَتَعَيَّنْ، وَلَوْ نَذَرَ الضَّحِيَّةَ، فَفِي تَعْيِينِ وَقْتِ الضَّحِيَّةِ خِلَافٌ (و)، وَيُسْتَحَبُّ (ح م) لِلْمُضْحِي أَلَّا يَخْلُقَ، وَلَا يَقْلَمَ فِي عَشْرِ ذِي الْحِجَّةِ؛ تَكْمِيلًا لِلْأَجْرِ وَرَجَاءً لِلْعُنُقِ مِنَ النَّارِ فِيهَا.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي أَحْكَامِ الضَّحَايَا) وَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

(الْحُكْمُ الْأَوَّلُ): إِذَا قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً فَمَاتَتْ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ عَيَّنَهَا عَنْ نَذْرِ سَابِقٍ وَقَلْنَا: تَتَعَيَّنُ فَمَاتَتْ، فَفِي وَجُوبِ الْإِبْدَالِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَتْلَفَهَا أَجْنَبِيٌّ فَيَشْتَرِي بِقِيَمَتِهَا أُخْرَى، فَإِنْ لَمْ تَفِ الْقِيَمَةُ بِشَاةٍ كَامِلَةٍ، اشْتَرَى بِهَا شَقْصًا لِلضَّرُورَةِ، وَعَلَى وَجْهِ يُصْرَفُ مُصْرَفُ الضَّحَايَا، وَلَوْ أَتْلَفَ الْمَالِكُ وَنَقَصَتِ الْقِيَمَةُ، فَفِي وَجُوبِ التَّكْمِيلِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ زَادَتِ الْقِيَمَةُ،

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي: «ولو قال جعلت هذه الشاة ضحية أغناه عن تجديد النية»، هذا وجه والأقرب أنه لا يغنيه.

[ت]

(٣) سقط من ب.

اشْتَرَى بِهَا كَرِيمَةً، فَإِنْ لَمْ يُوَجَدْ، فَشَقَّصْ آخَرَ عَلَى وَجْهِهِ، وَعَلَى وَجْهِهِ يَشْتَرِي خَاتَمًا فَيَتَخَتَّمُ بِهِ أَوْ يَضْرِفُهُ مَضْرُفَ الصَّحَايَا، أَمَّا إِذَا ذَبَحَهَا أَجْنَبِيٌّ فِي وَقْتِ التَّضَحِّيَةِ، فَحَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ النِّيَّةُ لِلتَّعْيِينِ السَّابِقِ، وَقَعَ الْمَوْقِعُ، وَفِي لُزُومِ أَرْضِ الذَّبْحِ وَجْهَانِ^(١)، وَحَيْثُ تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ فَاتَتْ الْقُرْبَةُ، وَيُضْرَفُ لَحْمُهَا مَضْرُفَ الصَّحَايَا عَلَى وَجْهِهِ، وَيُؤْخَذُ الْقِيَمَةُ مِنَ الذَّابِحِ وَيُضْرَفُ فِي الْأُضْحِيَّةِ، وَيَنْفَكُ عَنْ حُكْمِ الضَّحِيَّةِ عَلَى وَجْهِهِ، وَمَنْ ذَبَحَ شَاةً غَيْرَهُ وَأَكَلَ لَحْمَهُ، فَفِي قَوْلٍ، يَلْزَمُهُ قِيَمَةُ الشَّاةِ، وَفِي قَوْلٍ: يَلْزَمُهُ أَرْضُ الذَّبْحِ، وَقِيَمَةُ اللَّحْمِ، وَرُبَّمَا زَادَ ذَلِكَ عَلَى قِيَمَةِ الشَّاةِ أَوْ نَقَصَ.

(الحُكْمُ الثَّانِي: التَّعْيِينُ) وَحَيْثُ لَا يَلْزَمُ شَيْءٌ بِالتَّلَفِ، فَلَا يَلْزَمُ بِالتَّعْيِينِ، فَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ مَانِعًا مِنَ الضَّحِيَّةِ، فَفِي أَنْفِكَ الشَّاةِ عَنِ الضَّحِيَّةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ أَتَدَاءُ: جَعَلْتُ هَذِهِ ضَحِيَّةً وَهِيَ مَعِيَّةٌ، فَالصَّحِيحُ (و) وَجُوبُ صَرْفِهَا إِلَى مَصَارِفِ الضَّحِيَّةِ، وَلَوْ قَالَ لِطَبِيبَةٍ: جَعَلْتُهَا ضَحِيَّةً، فَهُوَ لَاغٌ، وَلَوْ قَالَ لِفَصِيلٍ أَوْ سَخْلَةٍ فَوْجْهَانِ، وَلَوْ عَيَّنَ مَعِيَّةً لِنَذَرِهِ وَقُلْنَا: تَتَعَيَّنُ، فَلَا تَبْرَأُ بِهَا ذِمَّتُهُ، وَهَلْ يَلْزَمُ تَفْرِقَةُ لَحْمِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ زَالَ الْعَيْبُ بَعْدَ ذَلِكَ، فَفِي الْبَرَاءَةِ بِهَا وَجْهَانِ، وَإِنْ تَعَيَّنَ الْمَعِيَّةُ بِفِعْلِهِ، فَعَلَيْهِ إِبْدَالُهَا بِصَحِيحَةٍ، وَفِي أَنْفِكَ الْمَعِيَّةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضْحِيَ بِعَرَجَاءَ، لَزِمَهُ عَرَجَاءُ، وَفِي وَجْهِهِ: يَلْزَمُهُ صَحِيحَةٌ، وَفِي وَجْهِهِ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالضَّلَالُ كَالِهَلَاكِ، وَلَكِنْ حَيْثُ وَجَبَ الْبَدَلُ وَوَجَدَ الضَّالَّةَ بَعْدَ تَضَحِّيَةِ الْبَدَلِ، فَفِي [لُزُومِ]^(٢) تَضَحِّيَةِ الضَّالَّةِ قَوْلَانِ (ج)، وَلَوْ عَيَّنَ وَاحِدَةً بَدَلَ الضَّالَّةِ ثُمَّ وَجَدَهَا قَبْلَ ذَبْحِ الْبَدَلِ، وَجَبَ ذَبْحُهَا فِي قَوْلٍ^(٣) وَتَعَيَّنَ الْأَوَّلُ فِي قَوْلٍ، وَتَعَيَّنَ الثَّانِي فِي قَوْلٍ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا فِي قَوْلٍ.

(الحُكْمُ الثَّلَاثُ فِي الْأَكْلِ) وَفِي جَوَازِ الْأَكْلِ مِنَ الْمَنْذُورَةِ وَجْهَانِ^(٤)، وَالْمُتَطَوُّعُ بِهَا يَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْهَا وَإِطْعَامُ الْأَغْنِيَاءِ، وَلَا يَجُوزُ تَمْلِيكُ الْأَغْنِيَاءِ لِلْبَيْعِ، وَيَجُوزُ تَمْلِيكُ الْفُقَرَاءِ لِلْبَيْعِ، وَهَلْ يَجِبُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِقَدْرِ مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ (و) الْأَسْمُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا، لَزِمَ التَّمْلِيكُ فِي ذَلِكَ الْقَدْرِ، فَإِنْ أَكَلَ الْجَمِيعَ، لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا قِيَمَةُ ذَلِكَ الْقَدْرِ، وَقِيلَ: يَجِبُ قِيَمَةُ النَّصْفِ، ثُمَّ الْأَخْسَنُ التَّصَدُّقُ بِالْجَمِيعِ، وَالتَّبَوُّكُ بِأَكْلِ لَقْمَةٍ، وَيَتَأَدَّى كَمَالُ الشَّعَارِ بِالتَّصَدُّقِ بِالثَّلَثِ، وَيَأْكُلُ الثَّلَثَ، وَيَذْخِرُ

(١) قال الرافي: «وقع الموضع، وفي لزوم أرض الذبح وجهان»، قال الأكثرون: فيه قولان. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) قال الرافي: «حيث وجب البدل، ووجد الضالة بعد تضحية البدل ففي تضحية الضالة قولان» قيل وجهان. [ت]

(٤) قال الرافي: «وفي جواز الأكل من المنذورة وجهان» قضية إطلاقه التسوية بين أن يعين النذر عما في الذمة، وبين نذر المجازاة، وبين الملتزم المعين والمطلق، وعلى الإطلاق جرى جارون، والأثبت والأقوى أنه لا يجوز الأكل إذا عين بالنذر عما في ذمته من دم حلق أو تطيب شاة، وكذا إذا نذر مجازاة بأن علق على التزام التضحية بشفاء المريض وقدم الغائب، وإن أطلق الالتزام ولم يعلقه بشيء، وقُلْنَا: يجب الوفاء به وهو الأظهر، فإن عين فقال: لله علي أن أضحي بهذه، ففي جواز الأكل ها هنا قولان أو وجهان بناءً على أن النذر يحمل على أقل ما يجب، أو أقل ما يتقرب به، وإن التزم في الذمة، ثم عين عما عليه، فالخلاف مرتب، وأولى بالأكل يجوز الأكل. [ت]

الثُّلُثُ، وَقِيلَ: بَلْ يَتَصَدَّقُ بِالنِّصْفِ^(١)، وَجِلْدُ الضَّحِيَّةِ يَتَصَدَّقُ بِهِ أَوْ يَنْتَفِعُ بِهِ فِي الْبَيْتِ، وَوَلَدُ الضَّحِيَّةِ لَهُ حُكْمُ الْأُمِّ، لَكِنْ يَجُوزُ أَكْلُ جَمِيعِهِ؛ كَمَا يَجُوزُ أَكْلُ جَمِيعِ اللَّبَنِ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ، وَلَوْ اشْتَرَى شَاةً وَقَالَ جَعَلْتُهَا ضَحِيَّةً، ثُمَّ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ وَلَهُ الْأَرْضُ، وَلَا يَلْزَمُ صَرْفُ الْأَرْضِ إِلَى مَصْرِفِ الضَّحَايَا.

(وَأَمَّا الْعَقِيقَةُ) فَهِيَ أَيْضًا كَالضَّحِيَّةِ فِي أَحْكَامِهَا، لَكِنْ وَقْتُهَا يَدْخُلُ بِوِلَادَةِ الْمَوْلُودِ إِلَى السَّابِعِ، وَلَا يَتَأَدَّى الْأَسْتِحْبَابُ إِلَّا بِمَا يَتَأَدَّى بِهِ الضَّحِيَّةُ^(٢)، لَكِنْ (و) تَنْضُجُ عِظَامُهَا صَحِيحَةً مِنْ غَيْرِ كَسْرِ؛ تَفَاوُلًا بِسَلَامَةِ أَعْضَاءِ الصَّبِيِّ، وَيُعَى عَنْ الْجَارِيَةِ بِشَاةٍ، وَعَنِ الْعِلَامِ بِشَاتَيْنِ، وَتَكْفِي وَاحِدَةً أَيْضًا، وَالتَّصَدَّقُ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ الدَّغْوَةِ، وَالتَّصَدَّقُ بِالْمَرْقَةِ يُغْنِي (و) عَنِ التَّصَدَّقِ بِاللَّحْمِ^(٣)، أَعْنِي إِذَا أَوْجَبْنَا التَّصَدَّقَ بِمَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ، لِأَدَاءِ الْعِبَادَةِ، وَتَلَطُّيخِ رَأْسِ الصَّبِيِّ بِدَمِ الشَّاةِ مَكْرُوهٌ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُسَمَّى فِي السَّابِعِ، وَيَخْلُقَ شَعْرُهُ، وَيَتَصَدَّقَ بِزَنَةِ شَعْرِهِ ذَهَبًا أَوْ فِصَّةً.

(١) قال الرافعي: «ويتأدى كمال الشعار بالتصدق بالثلث، ويأكل الثلث، ويدخر الثلث وقيل: بل يتصدق بالنصف» التلث المذكور لا يكاد يوجد إلا في هذا الكتاب، وإنما المشهور في القدر الذي يستحب ألا ينقص عن التصدق به قولان:

أحدهما: يأكل النصف، ويتصدق بالنصف، والثاني: يأكل الثلث، ويتصدق بالثلثين. [ت]
وقال أيضاً «ويتأدى كمال الشعار بالتصدق بالثلث، ويأكل الثلث، ويدخر الثلث» هذا لا يوجد لغيره، وإنما قالوا في القدر الذي يستحب ألا ينقص التصدق عنه قولان: أحدهما: أنه يأكل النصف، ويتصدق بالنصف.

والثاني: أنه يأكل الثلث، ويتصدق بالثلثين، ويروى تغيراً عن القول الثاني أنه يأكل الثلث، ويهدي إلى الأغنياء والمتحملين الثلث ويتصدق بالثلث. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يتأدى الاستحباب إلا بما يتأدى به الضحية» هذا متناول لقوله أولاً: إنها كالضحية في أحكامها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فالتصدق بالمرقة يغني عن التصدق باللحم إلى آخره» هذا لم يحكه غير صاحب الكتاب، وعزاه في «الوسيط» إلى الصبيداني، ولم أجده في مجموعته. [ت]

وقال أيضاً: «يغني عن التصدق باللحم أعني إذا أوجبنا» لا حاجة إلى كلمة أعني. [ت]

(كِتَابُ الْأَطْعِمَةِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ)

(الفصل الأول في حال الاختيار) وَجَمِيعُ مَا خَلَقَهُ اللهُ تَعَالَى مِنَ الْمَطْعُمَاتِ حَلَالٌ إِلَّا مَا تَسْتَنِيهِ عَشْرَةُ أَصُولٍ:

(الأول): مَا نَصَّ الْكِتَابُ عَلَى تَحْرِيمِهِ؛ كَالْخَنزِيرِ وَالْخَمْرِ، أَوِ السُّتَةِ؛ كَالْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ.

(الثاني): مَا فِي مَعْنَاهُمَا؛ كَالثَّبِيدِ (ح) فِي مَعْنَى الْخَمْرِ.

(الثالث): كُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَكُلُّ ذِي مَخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ؛ فَيَحْرُمُ الْكَلْبُ وَالْفِيلُ (و) وَالذَّبُّ، وَالْبَازِي، وَالشَّاهِينُ، وَالصَّقْرُ، وَالْعُقَابُ، وَالسُّرُ، وَجَمِيعُ جَوَارِحِ الطَّيْرِ، وَلَا يَحْرُمُ (ح) الضَّبُّ، وَالضَّبُعُ (م) وَالتَّغْلُبُ (م) أَمَّا ابْنُ عُرْسٍ وَابْنُ أَوْي، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، لِشَبْهِهِ بِالتَّغْلِبِ وَالْكَلْبِ، وَكَذَا فِي الْهَرَّةِ الْوَحْشِيَّةِ تَرَدُّدٌ؛ (و) لِشَبْهِهَا بِالْإِنْسِيَّةِ، وَالْأَظْهَرُ إِنْحَاقُ السَّمُورِ وَالسَّنَجَابِ بِالتَّغْلِبِ.

(الرابع) مَا أَمَرَ بِقَتْلِهِ كَالْفَوَاسِقِ الْخَمْسِ، وَهِيَ الْغُرَابُ وَالْجِدَاةُ وَالْعَقْرَبُ وَالْحَيَّةُ وَالْفَأْرَةُ، وَفِي مَعْنَى الْخَمْسِ كُلُّ سَبْعٍ ضَارًّا، كَالذَّبِّ وَالْأَسَدِ وَالْفَهْدِ وَالْتِمِرِ، وَالنَّعَامَةُ تُلْحَقُ بِالْجِدَاةِ وَالْغُرَابِ الْأَبْقَعُ حَرَامٌ، وَفِي الْأَسْوَدِ الْكَبِيرِ تَرَدُّدٌ (و)، وَأَمَّا غُرَابُ الزَّرْعِ وَمِنْهَا حُمُرُ الْمَنَاقِيرِ وَالْأَرْجُلِ، فَلَا أَظْهَرُ (و) جَلُّهَا.

(الخامس): مَا نُهِيَ عَنْ قَتْلِهِ كَالْخُطَافِ (و) وَالضَّرْدِ وَالتَّمْلَةِ وَالتَّحْلِ، وَفِي الْهُدْهِدِ تَرَدُّدٌ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ اللَّفْلَقَ حَلَالٌ^(١) كَالْكُرْجِيِّ، وَكُلُّ ذَاتِ طَوْقٍ فَحَلَالٌ، وَأَسْمُ الْحَمَامِ يَشْمَلُ الْفَوَاحِشَ وَالْقَمَارِيَّ، وَمَا عَلَى شَكْلِ الْعُصْفُورِ (و)، فَحَلَالٌ، وَإِنْ اخْتَلَفَ أَلْوَانُهَا كَالزَّرُورِ وَالصَّغْوَةِ وَأَشْبَاهِهَا، وَأَمَّا طَيْرُ الْمَاءِ وَحَيَوَانُهُ كُلُّهُ مُبَاحٌ إِلَّا مَا لَهُ نَظِيرٌ مُحَرَّمٌ فِي الْبَرِّ فَفِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

(السادس) مَا اسْتَحَبَّنَهُ الْعَرَبُ فَحَرَامٌ؛ كَالْحَشَرَاتِ وَالضَّفْدَعِ [ح] و^(٣) وَالسَّرَطَانِ [م] و^(٤) وَالسُّلْخَفَةِ [م] و^(٥) وَلَا يَحِلُّ مِنْهَا إِلَّا الضَّبُّ [ح]^(٦)، وَفِي أُمِّ حَبِيبٍ تَرَدُّدٌ، وَلَعَلَّهُ وَلَدُ الضَّبِّ، وَالْجَرَادُ حَلَالٌ، وَفِي الصَّرَاةِ تَرَدُّدٌ (م و)، وَتُسَبِّحُهَا بِالْخُنْفَسَاءِ أَظْهَرُ، وَفِي الْقَنْفُذِ وَجْهَانِ، وَمَا أَشْكَلَ مِنْهُ فَيُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْعَرَبِ.

(١) قال الرافي: «والأظهر أن اللقلق حلال» اختار كثير من المعبرين منهم أبو عاصم العبادي أنه حرام قال

في التهذيب وهو الأصح. [ت]

(٢) قال الرافي: «إلا ما له نظير محرم في البر، ففيه قولان» المشهور من هذا الخلاف الوجه. [ت]

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من ب.

(السابع): مَا لَا نَصَّ فِي تَخْرِيمِهِ، وَوَرَدَتْ الشُّكَّةُ بِأَنَّهُ كَانَ حَرَامًا فِي شَرْعٍ مِّن قَبْلِنَا، فَهُوَ مُسْتَضَحٌّ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

(الثامن): الْحَلَالُ إِذَا خَالَطَتْهُ نَجَاسَةٌ فَهُوَ حَرَامٌ، كَالذَّهْنِ وَكَالْجَلَالَةِ الَّتِي تَأْكُلُ الْعَذْرَةَ، فَهُوَ حَرَامٌ^(١) [م و]^(٢) إِنْ ظَهَرَ الشَّيْءُ فِي لَحْمِهِ، وَجَلَدُهَا نَجِسٌ إِلَّا أَنْ تَزُولَ الرَّائِحَةُ بِالدَّبْنِ، وَمَهْمَا زَالَ بِالْعَلْفِ، حَلَّ لَحْمُهُ، وَلَوْ زَالَ بِالطَّنْبِ لَمْ يَحِلَّ، وَالزَّرْعُ لَا يَحْرُمُ وَإِنْ كَثُرَ الزُّبْلُ فِي أَصْلِهِ.

(التاسع): مَا حَكِمَ بِحِلِّهِ فَيَحْرُمُ مِنْهُ الْمُتَحَقِّقَةُ، وَمَا دُبِحَ ذَبْحًا غَيْرَ شَرْعِيٍّ إِلَّا الْجَبِينِ الْمَيِّتِ فِي بَطْنِ الْمُدْغَى فَهُوَ حَلَالٌ.

(العاشر): مَا اكْتَسَبَ بِمُخَاوَمَةِ نَجَاسَةٍ؛ كَكَسْبِ الْحَجَّامِ، فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَلَيْسَ بِحَرَامٍ، وَيَنْبَغِي أَلَّا يَأْكُلَ وَيُغْلَفَ رَقِيقُهُ وَنَاصِحُهُ.

(الفصل الثاني في حَالِ الْأَضْطِرَّارِ) وَجَمِيعُ الْمُحَرَّمَاتِ مُبَاحٌ بِالضَّرُورَةِ، لَكِنْ النَّظَرُ فِي حَالِ الضَّرُورَةِ وَحَدِّ الْمُسْتَبَاحِ وَجَنَسِهِ، وَحَدِّ الضَّرُورَةِ أَنْ يَخَافَ عَلَى نَفْسِهِ الْهَلَكَ، أَوْ مَرَضًا مَخُوفًا فِي جَنَسِهِ، فَإِنْ كَانَ مَخُوفًا لَطَوِيلِهِ وَعُسْرِ عِلَاجِهِ، فَوَجْهَانِ، وَإِذَا جَازَ الْأَكْلُ وَجَبَ، وَقِيلَ: يَجُوزُ الْأَسْتِسْلَامُ وَالنَّوْزُ؛ كَدَفْعِ الصَّائِلِ، وَلَا أَضَلَّ لَهُ، وَأَمَّا قَدْرُ الْمُسْتَبَاحِ، فَهُوَ سَدُّ الرِّمَقِ، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ إِلَى الشَّيْءِ فَقَوْلَانِ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَحِلُّ الشَّيْءُ إِذَا كَانَ فِي بَادِيَةٍ، وَعَلِمَ أَنَّهُ لَا يَسْتَقِيلُ بِالْمَشْيِ بِسَدِّ الرِّمَقِ وَيَهْلِكُ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَوْ كَانَ يَتَوَقَّعُ مُبَاحًا قَبْلَ رُجُوعِ الضَّرُورَةِ، تَعَيَّنَ سَدُّ الرِّمَقِ وَحَرَمَ الشَّيْءُ، وَأَمَّا جِنْسُ الْمُسْتَبَاحِ فَكُلُّ مَا لَا يُؤْدِي إِلَى قَتْلِ مَعْصُومٍ، فَتَحِلُّ (و) الْخَمْرُ لِإِزَالَةِ الْعَطَشِ^(٣) وَإِنْ لَمْ يَجُزْ (و) لِلتَّداوِي وَيَحِلُّ قَتْلُ الْحَزْبِيِّ وَالْمُرْتَدِّ، وَالزَّانِي [و]^(٤) الْمُخْصَنِ، وَالْمَرْأَةُ (و) الْحَزْبِيَّةُ، وَالصَّبِيَّ الْحَزْبِيَّ، وَلَا يَحِلُّ قَتْلُ الذَّمِّيِّ، وَالْمُعَاهِدِ، وَالْعَبْدِ، وَالْوَلَدِ.

(فُرُوعُ: الْأَوَّلُ) فِي جَوَازِ قَطْعِ فَلَذَةٍ مِنَ الْفَخِذِ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الْخَوْفُ فِيهِ (ح) كَالْخَوْفِ فِي الْجُوعِ وَجْهَانِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ فَخِذِ غَيْرِهِ أَضْلًا.

(الثاني): إِذَا ظَفَرَ بِطَعَامٍ مِنْ لَيْسَ مُضْطَرًّا، فَيَطْلُبُهُ مِنْهُ، فَإِنْ مَنَعَهُ، غَضَبَهُ، فَإِنْ دَفَعَهُ، جَازَ لَهُ قَتْلُ الْمَالِكِ فِي الدَّفْعِ، فَإِنْ بَاعَهُ بِشَيْءٍ مِنَ الْمِثْلِ، لَزِمَهُ (و) شِرَاؤُهُ، وَإِنْ بَاعَ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ، فَاشْتَرَاهُ لِلضَّرُورَةِ فَهُوَ كَشِرَاءِ الْمُصَادِرِ، وَالْمَالِكُ لَوْ أَوْجَرَ الْمُضْطَرُّ طَعَامَهُ قَهْرًا، فَفِي اسْتِحْقَاقِ الْقِيَمَةِ

(١) قال الرافي: «وكالجلالة التي تأكل العذرة فهو حرام» هذا وجه في الجلالة، وقال الأكثرون: النهي فيها نهى تنزيه. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافي: «ويحل الخمر لإزالة العطش» هذا مكرر، وقد سبق ما فيه. [ت]

وقال أيضاً: «ويحل الخمر لإزالة العطش وإن لم يجز للتداوي» الصورتان مذكورتان في الحدود. [ت]

(٤) سقط من ب.

عَلَيْهِ وَجْهَانِ .

(الثالث) إِذَا وَجَدَ مَيْتَةً وَطَعَامَ الْغَيْرِ، قِيلَ: الْمَيْتَةُ أَوْلَى، وَقِيلَ: الطَّعَامُ أَوْلَى وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ؛ وَكَذَا الْخِلَافُ (و) لَوْ وَجَدَ الْمُحْرِمُ الصَّيْدَ وَالْمَيْتَةَ، وَلَوْ وَجَدَ لَحْمَ الصَّيْدِ فَهُوَ أَوْلَى مِنَ الْمَيْتَةِ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَهُ خَاصٌّ^(١).

(١) قال الرافعي: «ولو وجد لحم الصيد فهو أولى من الميتة»، لأن تحريمه خاص «هذا وجه، والأرجح أنه يتخير بينهما. [ت]

كِتَابُ السَّبْقِ وَالرَّمْيِ، وَفِيهِ بَابَانِ

(البَابُ الْأَوَّلُ فِي السَّبْقِ)

وَيَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَطَ لِلْسَّبْقِ بِالْخَيْلِ، أَوْ الْمُصِيبِ فِي النَّصَالِ مَالٌ؛ لِيَكُونَ ذَلِكَ تَرْغِيبًا فِي إِعْدَادِ
أَسْبَابِ الْقِتَالِ، وَالنَّظَرُ فِي شُرُوطِ الْعَقْدِ وَأَحْكَامِهِ:
(أَمَّا الشُّرُوطُ) فَهِيَ سِتَّةٌ:

(الْأَوَّلُ): أَنْ يَفْقَدَ عَلَى عُدَّةِ الْقِتَالِ (و) وَأَصْلُهُ مِنَ الْحَيَوَانِ الْخَيْلُ وَفِي الْخَبَرِ «لَا سَبْقَ إِلَّا فِي
خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَضْلٍ»^(١)، وَالْمُرَادُ بِالْخُفِّ: الْإِبِلُ، وَالْفِيلُ فِي مَعْنَاهُ، لِأَنَّهُ أَغْنَى مِنْهُ فِي الْقِتَالِ، وَلَا

(١) قال الرافعي: «وفي الخبر: لا سَبْقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَضْلٍ»

روى الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب عن نافع عن أبي هريرة أن رسول الله - صلى الله
عليه وسلم - قال: «لَا سَبْقَ إِلَّا فِي نَضْلٍ أَوْ حَافِرٍ أَوْ خُفٍّ» وأيضاً عن ابن أبي ذئب عن عباد بن أبي
صالح عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لَا سَبْقَ إِلَّا فِي حَافِرٍ أَوْ خُفٍّ» [ت]
والحديث أخرجه أبو داود (٢٩/٣) كتاب الجهاد، باب في السبق، حديث (٢٥٧٤). والترمذي
(١٧٨/٤) كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرهان والسبق حديث (١٧٠٠). والنسائي (٢٢٦/٦) كتاب
الخيال، باب سبق حديث (٣٥٨٥). وأحمد (٤٧٤/٢). والشافعي (١٢٨/٢) كتاب الجهاد حديث
(٤٢٢) وابن حبان (١٦٣٨ - موارد). والطبراني في «الصغير» (٢٥/١). والبيهقي (١٦/١٠) كتاب سبق
والرمي، باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نضل. والبغوي في «شرح السنة» (٥/٣٥٥ - بتحقيقنا). من
طريق ابن أبي ذئب عن نافع عن أبي هريرة به وقال الترمذي: حديث حسن وأقره البغوي وصححه ابن
حبان.

وأخرجه الشافعي (١٢٩/٢) كتاب الجهاد حديث (٤٢٣)، والبيهقي (١٦/١٠) كتاب سبق والرمي،
باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نضل من طريق ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب عن عباد بن أبي
صالح عن أبيه عن أبي هريرة به بلفظ: لا سبق إلا في حافر أو خف.

وأخرجه النسائي (٢٢٧/٦) كتاب الخيل، باب سبق. وابن ماجه (٩٦٠/٢) كتاب الجهاد، باب
السبق والرهان حديث (٢٨٧٨). وأحمد (٢٥٦/٢، ٣٨٥، ٤٢٥). والبيهقي (١٦/١٠) كتاب سبق
والرمي، باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نضل، من طريق محمد بن عمرو عن أبي الحكم مولى
الليثيين عن أبي هريرة.

وأخرجه أحمد (٣٥٨/٢). من طريق أبي صالح عن أبي هريرة وفي الباب عن ابن عباس وابن
عمر.

- حديث ابن عباس

أخرجه الطبراني في «الكبير» (٣٨٢ / ١٠) رقم (١٠٧٦٤). من طريق عبد الله بن هارون الفروي ثنا
قدامة عن مخزومة بن بكير عن أبيه عن عطاء عن ابن عباس قال: لا سبق إلا في خف أو حافر أو نضل.
والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٢٦٦/٥) وقال: وفيه عبد الله بن هارون الفروي وهو =

يُلْحَقُ بِهِ الْبَغْلُ وَالْحِمَارُ^(١)، وَأَمَّا النَّضْلُ فَفِي مَعْنَاهُ الْمَرَابِقُ وَالرَّائَاتُ (و) وَسَائِرُ أَنْوَاعِ الرَّمْيِ عَلَى اخْتِلَافِ الْقِسِيِّ، وَالسَّهَامُ يَدْخُلُ فِيهِ الرَّمْيُ بِالْمَسَلَّاتِ وَالْإِبَرِ، وَفِي التَّرَامِي بِالْحِجَارَةِ وَبِالْمَقَالِعِ وَالتَّرْدُدِ بِالسُّيُوفِ خِلَافًا، وَكَذَا فِي مُسَابَقَةِ الطُّيُورِ وَالْحَمَامَاتِ لِنَقْلِ الْأَخْبَارِ، وَالظَّاهِرُ مُنْعُهُ.

(الثاني: الإغلام) وَلَا بُدَّ مِنْ إِغْلَامِ الْمَوْقِفِ وَالْعَايَةِ وَالتَّسَاوِي فِيهِمَا، وَلَوْ شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا تَقَدُّمُ الْعَايَةِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ شُرِطَ لِلسَّابِقِ حَيْثُ يَسْبِقُ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الْعَايَةِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ عَيَّنَ الْعَايَةَ وَلَكِنْ شَرَطَ الْمَالِ، لِمَنْ يَسْبِقُ فِي وَسْطِ الْمِيدَانِ حَيْثُ كَانَ فَوَيْهِ وَجْهَانِ.

(الثالث): إِذَا كَانُوا جَمَاعَةً فَفِي شَرْطِ الْمَالِ لِلْمُصْلِيِّ، أَغْنِي: التَّالِي لِلسَّابِقِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ: (٢)

(أَحَدُهَا): الْجَوَازُ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّحَدُّقِ فِي ضَبْطِ الْفَرَسِ.

(وَالثَّانِي): لَا؛ لِأَنَّ السَّبْقَ هُوَ الْمَقْصُودُ.

(الثالث): أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ لَهُ شَيْئًا، بِشَرْطِ أَنْ يَفْصَلَ السَّابِقُ، وَكَذَلِكَ لِجَمِيعِهِمْ عَلَى التَّرْتِيبِ، أَمَّا الْفَسْكَالُ وَهُوَ الْأَخِيرُ، فَلَا يُخَصُّ بِفَضْلٍ، وَهَلْ يَشْتَرِكُ فِي الْحَقِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مُحَلِّلٌ وَهُوَ لَا يُعْرَمُ إِنْ سَبَقَ، وَيَغْنَمُ إِنْ سَبَقَ، فَلَوْ شَرَطَ الْإِمَامُ أَوْ وَاحِدٌ مِنَ النَّاسِ لِلسَّابِقِ مَالًا، جَازَ، وَلَوْ أَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَسَابِقِينَ مَالًا، لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ شَرَطَ الْمَالِ لَهُ إِنْ سَبَقَ، وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ، أَخْرَزَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُمْ عَلَى الْمُحَلِّلِ، وَإِنْ شَرَطَ الْمَالُ لِلْمُتَسَابِقِينَ أَيْضًا، فَقَوْلَانِ^(٣) يُعْبَرُ عَنْهُمَا بِأَنَّ الْمُحَلِّلَ يُحَلِّلُ لِنَفْسِهِ فَقَطْ، أَمْ لِنَفْسِهِ وَلِغَيْرِهِ، فَإِنْ جُوزْنَا، جَازَ أَنْ يَكُونَ فِي الْمِائَةِ مُحَلِّلٌ وَاحِدٌ يَأْخُذُ الْكُلَّ إِنْ سَبَقَ، وَلَا يُعْرَمُ إِنْ تَخَلَّفَ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَاقِينَ يَغْنَمُ وَيُعْرَمُ، فَعَلَى هَذَا إِنْ تَلَاَحَقُوا وَالْمُحَلِّلُ سَابِقٌ، أَخَذَ مَالَ

ضعيف.

وحديث ابن عمر

أخرجه ابن حبان (٩٦/٧ - الاحسان) رقم (٤٦٧٠). من طريق عاصم بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل وجعل بينهما سبقاً وجعل بينهما محللاً وقال: «لا سبق إلا في حافر أو نصل».

ومن طريق عاصم رواه ابن أبي عاصم في الجهاد كما في «التلخيص» (١٦٣/٤ - ١٦٤) وقال الحافظ: وعاصم هذا ضعيف واضطرب فيه رأي ابن حبان فصحح حديثه تارة وقال في الضعفاء: لا يجوز الاحتجاج به وقال في الثقات يخطيء ويخالف.

(١) قال الرافعي: «ولا يلحق به البغل والحمار» هذا وجه، والأظهر عند أكثرهم إلحاقهما بالخيل إذا كانوا جماعة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ففي شرط المال للمصلي أعني التالي للسابق ثلاثة أوجه إلى آخرها» الأظهر وجه رابع لم يذكره، وهو أنه يجوز أن يشترط له شيء بشرط أن يفصل السابق. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن شرط المال للمتسابقين أيضاً فقولان» قيل وجهان وقال الأكثرون: المنصوص الجواز وفيه وجه. [ت]

الْمُصَلِّي وَالْفَسْكَل، جَمِيعاً، وَقِيلَ: الْمُصَلِّي يَأْخُذُ نِصْفَ مَالِ الْفَسْكَل؛ لِأَنَّهُ سَبَقَهُ أَيْضاً، وَإِنْ سَبَقَ الْمُحَلَّلُ وَتَسَاوَقَا بَعْدَهُ، أَخَذَ الْمُحَلَّلُ مَالَهُمَا، وَإِنْ سَبَقَ الْمُحَلَّلُ مَعَ أَحَدِهِمَا، فَمَالَ الْفَسْكَلُ لَهَا.

(الخامس) أَنْ يَكُونَ سَبَقُ كُلِّ وَاحِدٍ مُمَكِّناً، فَإِنْ ظَهَرَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْفَرَسَيْنِ بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّ السَّابِقَ أَحَدَهُمَا، بَطَلَ الْعَقْدُ، وَإِنْ كَانَ مُمَكِّناً عَلَى التَّدْوِيرِ فَوَجْهَانِ (م)، وَيَجُوزُ بَيْنَ فَرَسَيْنِ مُخْتَلِفِي النَّوعِ، وَبَيْنَ الْإِبِلِ وَالْفَرَسِ وَجْهَانِ.

(السادس) تَعْيِينُ الْفَرَسَيْنِ وَإِحْضَارُهُمَا، أَمَّا الْعَقْدُ عَلَى فَرَسَيْنِ بِالْوَصْفِ، ثُمَّ الْإِحْضَارُ لَا يَجُوزُ عَلَى الْأَصَحِّ^(١)، ثُمَّ الْفَرَسُ لَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ إِذَا عُنِيَ، ثُمَّ الْأَعْتِمَادُ فِي السَّبْقِ عَلَى الْأَقْدَامِ^(٢)، إِذَا الْعُنْتُ قَدْ تَمَتَّدَ وَقَدْ تَقْصُرُ.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ هَذِهِ الْمُعَامَلَةِ) وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي قَوْلِ كَالْجَعَالَةِ، وَلَا زِمَةَ فِي قَوْلِ كَالْإِجَارَةِ، وَقِيلَ: الَّذِي يَغْنَمُ وَلَا يَغْرَمُ جَائِزٌ فِي حَقِّهِ قَوْلًا وَاحِدًا^(٣)، ثُمَّ عَلَى قَوْلِ الْجَوَازِ لَا يُشْتَرِطُ الْقَبُولُ بِالْقَوْلِ، وَفِي ضَمَانِ السَّبْقِ وَالرَّهْنِ بِهِ خِلَافٌ (و) كَمَا فِي الْجَعَالَةِ، وَعَلَى قَوْلِ الزُّومِ يَجِبُ (و) الْبِدَايَةُ بِالْعَمَلِ لَا بِتَسْلِيمِ السَّبْقِ، وَيَجُوزُ (و) ضَمَانُهُ وَالرَّهْنُ بِهِ، فَإِنْ فَسَدَتِ الْمُعَامَلَةُ بِكَوْنِ الْعَوَضِ خَمْراً، رَجَعَ إِلَى أَجْرَةٍ مِثْلِ عَمَلِهِ فِي جَمِيعِ رَكْضِهِ، لَا فِي قَدْرِ السَّبْقِ، وَإِنْ كَانَتْ بِسَبَبِ آخَرَ يَرْجِعُ إِلَى قِيَمَةِ السَّبْقِ أَوْ أَجْرِ الْمِثْلِ، فِيهِ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي الصَّدَاقِ، وَقِيلَ: هَلْهَذَا يَرْجِعُ قِطْعاً إِلَى أَجْرِ الْمِثْلِ كَالْقِرَاضِ.

(الْبَابُ الثَّانِي فِي الرَّمْيِ)

وَالنَّظَرُ فِي الشُّرُوطِ وَالْحُكْمِ:

(أَمَّا الشُّرُوطُ)، فَسِتَّةٌ:

(الْأَوَّلُ الْمُحَلَّلُ)، كَمَا ذَكَرْنَاهُ، فَلَوْ كَانُوا حَرْبِيَّيْنِ، وَلَيْسَ فِي جُمْلَتِهِمَا إِلَّا شَخْصٌ وَاحِدٌ شَرَطَ أَنْ يَغْنَمَ، وَلَا يَغْرَمَ، فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ، مَعَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْنَمُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، دُونَ جَمِيعِ الْمَالِ؟ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْمُحَلَّلَ يُحَلَّلُ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ يَغْنَمُ جَمِيعَ الْمَالِ^(٤).

(١) قال الرافعي: «أما العقد على فرسين بالوصف، ثم الإحضار لا يجوز على الأصح» الأوجه وبه قال العراقيون الجواز. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ثم الاعتماد في السبق على الإقدام» الذي يوجد لعامة الأصحاب أن في الخيل يعتبر العتق، وفي الإبل الكتد، وهو مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وهي جائزة في قول كالجعالة... إلى قوله قولاً واحداً» سياق الكتاب ليشعر بترجيح الطريقة الطاردة للمقولين، والثانية أظهر. [ت]

(٤) قال الرافعي: «لأنه ليس يغنم جميع المال» كالتأكيد والإيضاح وفي قوله من قبل «مع أنه إنما يغنم بقدر حصته دون جميع المال» غنية عنه. [ت]

(الثاني: اتّحاد الجنس وتغيّبه)، فلو عيّن جنسين؛ كالمِزراق والرّمي، ففيه وجهان؛ كالإبل والفرس، وهذا بالجوازِ أولى؛ لأنّ الآلة ههنا لا عمل لها.

وأما الاختلاف في أنواع القسي، فلا يؤثّر لكن لو عيّن، لم يُبدّل القوس العربيّ بالفارسيّ؛ لأنّ الفارسيّ أجود، ولو أبدل الفارسيّ بالعربيّ، فوجهان، ويجوزُ تبديلُ القوسِ بمثله؛ بخلافِ الفرس، ولو شرطَ ألاّ يُبدّل، ففي صحّة الشرط وجهان، وإن أفسدنا، ففي فسادِ العقد وجهان، وكذلك كلُّ شرطٍ فاسدٍ يُستغنى عن جنسه، فإن صحّحنا، جاز الإبدال، إذا أنكسر، فإن شرطَ ألاّ يُبدّل، فإن أنكسر، فهذا يفسدُ العقد، أمّا إذا أطلق، ولم يُعيّن جنس ما فيه الرّمي، نُزل على الأغلب في العادة، فإن اختلفت العادة، فسَدَ في وجه.

وعلى وجه، إن تطابّقا على شيء، ثم، وإلاّ فسَدَ (و).

(الثالث): أن تكون الإصابة المشروطة ممكنة، لا ممتنعة، ولا واجبة، والممتنع إصابة مائة على التوالي، وهذا فاسدٌ (و)، والواجب إصابة الحاذق واحداً من مائة، وهذا يصح؛ على أحد الوجهين، وفائدته التعلّم، وأما الممكن على ندور، ففيه وجهان^(١)، وإذا كان بينهما محلّ، علِم قطعاً؛ أنّه لا يفلح، فوجوده كعدمه، وإن علِم قطعاً؛ أنّ المحلّ يفوز، فعلى الوجهين.

(الرابع: الإغلام)، ويجب إغلام مقدار المال وعدد الإصابة، وأما المسافة بين الموقف والهدف، وعرض الهدف وقدر ارتفاعه من الأرض، ففي اشتراط إغلامه قولان، ففي قول: يجب. وفي قول: يُنزل على العادة.

أما عدد الأرشاق^(٢)؛ وهو نوبة الرّمي، فيجب ذكره في المحاطة، وهي أن يشترط خلوص عشر إصابات من مائة أو خمسين مثلاً، أمّا في المبادرة، وهي أن يكون المال شرطاً لمن سبق إلى عشرة، ففي اشتراط ذكر عدد الأرشاق قولان، وكذلك في تعيين من له البداية في الرّمي قولان: (وأحدهما): أنّه إن لم يذكر، فسَدَ، وهو القياس.

(والثاني): أنّ البداية للمسبق، وهو العادة.

وفي قول آخر: يفرغ، ثم من خرجت له الفرعة، هل له البداية في كل رشق، أم يختص حكمها بالنوبة الأولى؟ فيه وجهان.

(فرغ): في صحّة العقد على الترتاب^(٣)، ومقصود الإبعاد دون الإصابة وجهان، والأصح الجواز.

(١) قال الرافعي: «وأما الممكن على الدور ففيه وجهان» قيل: قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما عدد الإرشاق إلى آخره» قيل: الخلاف في المسألة وجه. [ت]

(٣) الترتاب: الشيء المقيم الثابت. تاج العروس ٤٨١/٢.

(الخامس): أَنْ يُرَدَّ الْعَقْدُ عَلَى رُمَاةٍ مُعَيَّنِينَ، وَلَا يَجُوزُ إِيْرَادُهُ عَلَى الذَّمَّةِ، وَيَجُوزُ بَيْنَ حِزْبَيْنِ، وَالْإِنْتِقَادُ يَكُونُ بِالْتَّرَاضِي، لَا بِالْقُرْعَةِ الَّتِي قَدْ تَجَوَّزَ؛ فَتَجْمَعُ الْخَرْقُ فِي جَانِبٍ، وَلَوْ تَرَامَى عَرَبِيَّانِ وَتَعَاقَدَا، صَحَّ إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَخْرَقَ يَسْتَحِيلُ مُقَاوَمَتُهُ لِلْآخَرِ؛ فَيَتَبَيَّنُ بَطْلَانُ الْعَقْدِ؛ عَلَى رَأْيٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ التَّسَاوِي فِي عَدَدِ الْحِزْبَيْنِ، بَلْ فِي عَدَدِ الرَّمِيَّاتِ، فَيَرْمِي وَاحِدٌ ثَلَاثَةً، وَلَكِنْ يَرْمِي هُوَ ثَلَاثَةً، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَرْمِي وَاحِدَةً، ثُمَّ السَّبْقُ يُورَعُ عَلَى عَدَدِ (و) رُءُوسِ الْحِزْبِ لَا عَلَى عَدَدِ الْإِصَابَةِ، إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ التَّوْزِيعُ عَلَى الْإِصَابَةِ.

(السادس): تَعْيِينُ الْمَوْقِفِ شَرْطٌ مَعَ التَّسَاوِي، فَلَوْ شَرِطَ لِوَاحِدٍ تَقَدُّمًا، لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ تَنَافَسُوا فِي الْوُقُوفِ فِي الْوَسْطِ، فَهُوَ كَالْتَّنَافُسِ فِي الْبِدَايَةِ، وَلَوْ رَضُوا بَعْدَ الْعَقْدِ بِتَقَدُّمِ وَاحِدٍ لَمْ يَجُزْ، وَكَانَتْهُمْ حَطُّوا عَنْهُ رَمِيَّةً، وَلَوْ رَضُوا بِتَأَخُّرِهِ، فَوَجَّهَانِ، وَلَوْ حَطُّوا عَنْ وَاحِدٍ، إِصَابَةً وَاحِدَةً، لَمْ يَجُزْ، وَلَكِنْ لَوْ تَطَابَقُوا عَلَى التَّقَدُّمِ بِأَجْمَعِهِمْ، أَوْ عَلَى تَعْيِينِ عَدَدِ الْأَرْشَاقِ، فَهَذَا كَالْحَاقِ زِيَادَةً بِالْعَقْدِ، وَيَجُوزُ عَلَى قَوْلِ الْجَوَازِ دُونَ الزُّورِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ الْعَقْدِ)، وَهُوَ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ لَكِنْ لِلشَّرْطِ صَوْرًا:

(الأولى): أَنْ يُشْتَرَطَ الْقُرْعَاتُ، فَإِذَا قَرَعَ، اسْتَحَقَّ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُقْ، وَلَا يَكْفِي الْقَرْعُ بِفُوقِ السَّهْمِ وَعِزْضِهِ، وَإِنْ أَنْصَدَمَ بِجِدَارٍ أَوْ شَجَرٍ أَوْ الْأَرْضِ، ثُمَّ أَصَابَ، لَمْ يَسْتَحِقَّ فِي عَادَةِ الرُّمَاءِ، وَلِلْفُقَهَاءِ فِيهِ خِلَافٌ.

(الثَّانِيَةُ): شَرْطُ الْحَوَاسِقِ، وَهِيَ الَّتِي تَخْرُقُ، فَإِنْ خَرَقَ وَمَرَّقَ، فَقَدْ زَادَ فَيَسْتَحِقُّ.

وَقِيلَ (و): يُشْتَرَطُ الثَّبُوتُ، وَإِنْ خَرَقَ طَرَفَ الْهَدَفِ، وَحَصَلَ فِيهِ جَمِيعُ جِزْمِ النَّصْلِ، اسْتَحَقَّ (و)، وَإِنْ حَصَلَ بَعْضُهُ، فَوَجَّهَانِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي ثُغْبَةٍ قَدِيمَةٍ، وَثَبَتَ، فَوَجَّهَانِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا شَرِطَ لِمَنْ يَسْبِقُ إِلَى عَشْرَةٍ مِنْ رِائِقَةٍ، فَسَبَقَ إِلَيْهِ مِنْ خَمْسِينَ، اسْتَحَقَّ، وَفِي لُزُومِ إِيْتِمَامِ الْعَمَلِ لِلتَّغْلِيمِ وَجَّهَانِ، وَإِنْ كَانَتْ مُحَاطَةً، وَخَلَصَ لَهُ عَشْرَةٌ مِنْ خَمْسِينَ، فَفِي لُزُومِ الْإِيْتِمَامِ وَجَّهَانِ مُرَبَّانٍ، وَأَوَّلَى بِاللُّزُومِ؛ إِذِ الْحَطُّ فِي الْبَاقِي مُنْتَظَرٌ، وَالْخِلَافُ رَاجِعٌ إِلَى أَنَّ الْحَطَّ بَعْدَ الْكَمَالِ، هَلْ يُؤَثِّرُ؟ وَإِنْ تَمَّتْ عَشْرَتُهُ فِي آخِرِ الْخَمْسِينَ، وَلِلْآخِرِ تِسْعَةٌ مِنْ تِسْعٍ وَأَرْبَعِينَ، فَإِنْ أَصَابَ فِي آخِرِ الْخَمْسِينَ، فَقَدْ تَسَاوَا، وَلَا سَبْقَ، وَإِنْ أَخْطَأَ، اسْتَحَقَّ الْآخَرُ مَالَهُ.

وَلَوْ قَالَ لِزَامٍ: أَرَمَ خَمْسَةً عَنِّي، وَخَمْسَةً عَنْ نَفْسِكَ، فَإِنْ أَصَبْتَ فِي خَمْسَتِكَ، فَلَكَ دِينَارٌ، لَمْ يَجُزْ.

وَلَوْ قَالَ: أَرَمَ؛ فَإِنْ كَانَ إِصَابَتُكَ أَكْثَرَ مِنَ الْعَشْرَةِ، فَلَكَ دِينَارٌ، جَازَ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا شَرِطَ اخْتِسَابُ الْقَرِيبِ، وَذِكْرُ حَدِّ الْقُرْبِ، جَازَ، وَإِنْ لَمْ يُذَكَّرْ، وَلَمْ يَكُنْ عَادَةً، فَسَدَ.

وَقِيلَ: يُتْرَلُ عَلَى أَنَّ الْأَقْرَبَ يُسْقِطُ الْأَبْعَدَ، كَيْفَ كَانَ.

أَمَّا إِذَا تَشَارَطُوا صَرِيحاً إِسْقَاطَ الْأَقْرَبِ لِلْقَرِيبِ، فَهُوَ مُتَّبِعٌ، وَإِنْ شَرَطُوا إِسْقَاطَ مَرْكَزِ الْقِرْطَاسِ وَمَا حَوْلَيْهِ، فَوَجْهَانِ^(١) لِأَنَّ إِسْقَاطَ الْمَرْكَزِ كَالْمُتَعَذِّرِ.

(الخامسة): فِي جَمِيعِ هَذِهِ الشُّرُوطِ، إِذَا عَرَضَتْ نَكْبَةٌ مِنْ بَهِيمَةٍ تَعْتَرِضُ، أَوْ سَهْمٌ أَوْ قَوْسٌ يَنْكَسِرُ، فَيُعَذَّرُ صَاحِبُهُ، حَتَّى لَا يُخْتَسَبَ (و) عَلَيْهِ تِلْكَ الْمَرَّةُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَنْكَسَارُ لِسُوءِ صَنِيعِهِ فَيُحْسَبَ عَلَيْهِ، لِيَتَعَلَّمَ، وَلَوْ أَصَابَ بِبَهِيمَةٍ، فَمَرَقَ، وَأَصَابَ الْهَدَفَ، فَيُحْسَبُ لَهُ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ أَنْصَدَمَ بِشَجَرٍ، ثُمَّ وَقَعَ عَلَى قُرْبٍ، حُسِبَ عَلَيْهِ؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِنْ أَصَابَ، فَهَلْ يُحْسَبُ لَهُ؛ عَلَى وَجْهَيْنِ، إِذْ قَدْ يُحْمَلُ عَلَى وِفَاقٍ، وَالرَّيْحُ اللَّبْنَةُ لَا تُؤَثِّرُ (و) وَالْعَاصِفُ الْمَقْرُونُ بِأَبْتِدَاءِ الرَّمْيِ، لَا يُؤَثِّرُ (و) وَفِي أَثْنَانِهِ، هَلْ يُعَذَّرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَإِنْ أَنْكَسَرَ السَّهْمُ بِنِصْفَيْنِ، فَأَصَابَ بِالْمُنْقَطِعِ الَّذِي فِيهِ الْفَوْقُ، حُسِبَ، وَإِنْ أَصَابَ بِالنَّصْلِ مِنَ النُّصْفِ الْآخِرِ، فَوَجْهَانِ، وَأَمَّا حُكْمُ هَذَا الْعَقْدِ، إِنْ قُلْنَا بِلُزُومِهِ، فَيَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الرَّامِي، وَبِمَوْتِ الْفَرَسِ، وَلَوْ مَاتَ الْفَارِسُ، فَلِلْوَارِثِ الْإِنْتَامُ، وَيُحْتَمَلُ (و) خِلَافُهُ، وَإِنْ قُلْنَا بِالْجَوَازِ، جَازَ إِلْحَاقُ الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ بِعَدَدِ الْأَرْشَاقِ وَالْإِصَابَاتِ؛ بِالتَّرَاضِي، وَهَلْ يَجُوزُ الْأَسْتِئْذَادُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ.

يَجُوزُ فِي الثَّالِثِ لِلَّذِي قَرُبَ مِنْ أَنْ يَسْتَوْلِيَ دُونَ الْمَغْلُوبِ وَكَأَنَّ الْمَغْلُوبَ لَزِمَ فِي حَقِّهِ، أَغْنِي بِهِ مِنْ قُرْبٍ مِنْ أَنْ يُغْلَبَ، ثُمَّ إِذَا أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْآخَرُ، فَلَهُ فَسْخُ الْعَقْدِ، وَيَجُوزُ تَأْخِيرُ الرَّمْيِ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ؛ إِذْ يَجُوزُ الْإِعْرَاضُ أَصْلًا، وَلَوْ قَالَ الْمَفْضُولُ لِلْفَاضِلِ: حُطَّ فَضْلُكَ، وَلَكَ كَذَا لَمْ يَجْزُ؛ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

(١) قال الرافعي: «ولو شرطوا إسقاط مركز القيرطاس وما حوالیه فوجهان» قيل: قولان. [ت]

كِتَابُ الْإِيمَانِ^(١)، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ:

(الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي نَفْسِ الْيَمِينِ)

وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ تَحْقِيقِ مَا يَحْتَمِلُ الْمُخَالَفَةَ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ صِفَتِهِ، مَا ضِيًّا كَانَ أَوْ مُسْتَقْبَلًا، إِلَّا فِي مَعْرِضِ اللَّغْوِ، وَالْمُنَاشِدَةِ، فَيَجِبُ الْكَفَّارَةُ فِي الْيَمِينِ الْغَمُوسِ، وَإِنْ كَانَ الْفِعْلُ مَا ضِيًّا، وَلَا يَجِبُ فِي اللَّغْوِ، وَهُوَ قَوْلُ الْعَرَبِ: لَا وَاللَّهِ، وَبَلَى وَاللَّهُ، مِنْ غَيْرِ قَضِدٍ تَحْقِيقِيٍّ، وَلَا يَجِبُ بِالْمُنَاشِدَةِ، وَهُوَ أَنْ يُقْسِمَ غَيْرُهُ عَلَيْهِ، وَلَا يَجِبُ إِذَا قَالَ عَقِيْبُهُ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَلَا فُزِقَ بَيْنَ قَوْلِهِ: بِاللَّهِ، وَتَالَهُ (و)، وَوَالَهُ (و)، فَالْكُلُّ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ: اللَّهُ، لِأَفْعَلَنْ، كَانَ (و) يَمِينًا^(٢)، وَلَوْ قَالَ: اللَّهُ، لَمْ يَكُنْ (و) يَمِينًا، وَلَوْ حَلَفَ بِمَخْلُوقٍ، كَالنَّبِيِّ وَالْكَعْبَةِ، أَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ، فَأَنَا يَهُودِيٌّ، أَوْ بَرِيٌّ مِنَ اللَّهِ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ (م)، وَقَوْلُهُ: بِاللَّهِ، وَبِالرَّحْمَنِ، وَبِالْحَالِقِ (و) وَالرَّازِقِ (و)، وَمَا يُطْلَقُ عَلَى غَيْرِ اللَّهِ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِاللَّهِ، وَثَقْتُ بِاللَّهِ، ثُمَّ ابْتَدَأْتُ؛ لِأَفْعَلَنْ، لَمْ يَقْبَلْ (و) ظَاهِرًا^(٣)، وَفِي التَّدْيِينِ خِلَافٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: بِالْجَبَّارِ، وَالرَّحِيمِ (و)، وَالْحَقِّ، وَالْعَلِيمِ، وَالْحَكِيمِ، وَمَا يُطْلَقُ عَلَى غَيْرِ اللَّهِ أَيْضًا، فَهُوَ كِنَايَةٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ: وَحَقَّ اللَّهُ، وَحُرْمَةُ اللَّهِ^(٤).

وَلَوْ قَالَ: وَقُدْرَةُ اللَّهِ، وَعِلْمُهُ، وَكَلَامُهُ، فَهُوَ كِنَايَةٌ (و)؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ إِذْ يُرَادُ بِالْقُدْرَةِ

(١) الأيمان لغة: جمع يمين وهو القوة، وفي الصحاح اليمين القسم، والجمع الأيمن والأيمان.

ينظر: الصحاح ٢٢٢١/٦، المصباح المنير ١٠٥٧/٢، والمغرب ٣٩٩/٢، لسان العرب ٤٦٢/٣ القاموس المحيط ٢٨١/٤.

اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: عقد قوي به عزم الحالف على فعل شيء أو تركه.

وعرفه الشافعية بأنه: تحقيق غير ثابت ماضياً كان أو مستقبلاً نفيًا أو إثباتاً ممكنًا أو ممتنعاً صادقة أو كاذبة على العلم بالحال أو الجهل به.

وعرفه المالكية بأنه: تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته.

وعرفه الحنابلة بأنه: توكيد حكم أي: محلوف عليه بذكر معظم أو هو المحلوف به على وجه مخصوص.

انظر: تبیین الحقائق ١٠٧/٣، شرح فتح القدير ٢/٤، المحلى على المنهاج ٣٧٠/٤، حاشية الدسوقي ١١٢/٢، شرح منتهى الإرادات ٤١٩/٣.

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: الله لأفعلن كان يميناً» هذا وجه والأظهر أنه لا يكون يميناً إلا بالنية. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فلو قال: أردت بالله وثقت بالله ثم ابتدأت لأفعلن لم يقبل ظاهراً» روى الأكثر أنه يقبل. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وكذا قوله: وحق الله، وحرمة الله، هذا وجه والأظهر أن كل واحد منهما يمين، وإن أطلق، وإنما ينصرفان عن اليمين إذا نوى بهما غير اليمين. [ت]

الْمَقْدُورُ، وَهَذَا الْوَجْهُ فِي قَوْلِهِ: وَجَلَّالِ اللَّهِ، وَعَظَمَتِهِ، وَكِبَرِيَّاتِهِ أَبَعَدُ، وَلَوْ قَالَ: بَلَّغَ عَلَى قَضْدِ التَّلْبِيسِ، وَهِيَ الرُّطُوبَةُ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ، وَإِنْ نَوَى الْيَمِينَ اتَّعَقَدَ، وَحُمِلَ حَذْفُ الْأَلْفِ عَلَى اللَّحْنِ، وَلَوْ قَالَ: بِالشَّيْءِ وَالْمَوْجُودِ، وَأَرَادَ بِهِ الْإِلَهَ سُبْحَانَهُ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ (و)؛ وَكَذَا كُلُّ مَا لَا تَعْظِيمَ فِيهِ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْسِمُ، أَوْ أَخْلِفُ بِاللَّهِ، أَوْ أَقْسَمْتُ بِاللَّهِ، وَنَوَى الْوَعْدَ أَوْ الْإِخْبَارَ، قِيلَ، وَمُطْلَقُهُ يُنْزَلُ عَلَى الْيَمِينِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(١)؛ وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: أَشْهَدُ^(٢)، وَفِي لُزُومِ الْكَفَّارَةِ بِهِ عَلَى الْمَلَاعِنِ وَجْهَانِ؛ كَمَا فِي الْإِيلَاءِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ وَآيَمُ اللَّهِ^(٣).

وَقِيلَ: إِنَّهُ صَرِيحٌ.

وَقَوْلُهُ: لَعَنَ اللَّهُ كِتَابَهُ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(فَزَعُ): إِذَا قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ كَذَا، فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَلَاةٌ، لَزِمَهُ الْوَفَاءُ، عَلَى قَوْلِ (و)؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي، أَوْ ذَكَرَ حُصُولَ نِعْمَةٍ، أَوْ دَفَعَ بَلَاءً.

وَعَلَى قَوْلِ (ح)، يَلْزِمُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الْمَنْعَ، وَيَجْرِي فِي كُلِّ مَا يُفْصَدُ امْتِنَاعُهُ.

وَعَلَى قَوْلِ (و): يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْوَفَاءِ (ح) وَالْكَفَّارَةِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ، فَعَلَيَّ نَذْرٌ فَهُوَ كَقَوْلِهِ: عَلَيَّ عِبَادَةٌ، إِنْ أَوْجَبْنَا الْوَفَاءَ، وَعَلَيْهِ تَغْيِينُ عِبَادَةٍ، يَلْزَمُ مِثْلُهَا بِالنَّذْرِ، وَإِنْ فَرَعْنَا عَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، نَصَّ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: فَعَلَيَّ يَمِينٌ، فَهُوَ لَغَوٌ.

وَقِيلَ: عَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ.

وَلَوْ قَالَ: مَالِي صَدَقَةٌ، فَهُوَ لَغَوٌ.

وَقِيلَ: هُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ.

وَقِيلَ: هُوَ كَجَعَلِ الشَّيْءَ ضَحِيَّةً، فَتَصِيرُ صَدَقَةً، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَغَوٌ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي الْكَفَّارَةِ)

(وَالنَّظَرُ فِي السَّبَبِ، وَالْكِفَايَةِ، وَالْمُلْتَزِمِ)، أَمَّا السَّبَبُ، فَهُوَ الْيَمِينُ (ح)، وَلَكِنْ يُوجِبُ عِنْدَ الْجَنَّتِ^(٤)، وَفَائِدَتُهُ أَنَّهُ يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا (ح) بَعْدَ الْيَمِينِ عَلَى الْحَنْثِ إِلَّا إِذَا كَانَتِ الْكَفَّارَةُ صَوْمًا، أَوْ كَانَ الْجَنْتُ مَخْطُورًا، فَبَيْنَهُمَا وَجْهَانِ، وَيَجُوزُ كَفَّارَةُ الْقَتْلِ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ، وَكَفَّارَةُ الظَّهَارِ بَيْنَ

(١) قال الرافعي: «ومطلقه ينزل على اليمين على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وكذلك قوله: أشهد بالله» الأظهر أنه ليس بيمين عند الإطلاق. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وكذلك قوله: «وآيَمُ اللَّهِ» الأظهر أنه ليس بيمين عند الإطلاق. [ت]

(٤) قال الرافعي: «أما السبب فهو اليمين، ولكن يوجب عند الحنث» هذا وجه، والأظهر أن سبب الكفارة

اليمين والحنث جميعاً. [ت]

الظَّهَارِ وَالْعَوْدِ، وَالْحِنْثُ لَا يَحْرُمُ بِالْيَمِينِ، لَكِنَّ الْأَوَّلَى الْأَى يَحْنَثُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْخَيْرُ فِي الْحِنْثِ.
وَقِيلَ: الْأَوَّلَى أَنْ يَحْنَثَ.
وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْكَفَّارَةِ)، وَهُوَ عِنْتُ رَقَبَةٍ، أَوْ إِطْعَامُ عَشْرَةِ أَمْدَادٍ لِعَشْرَةِ مَسَاكِينٍ، أَوْ كِسْوَتُهُمْ، فَإِنْ عَجَزَ، فَصَوْمُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَلَا يَجِبُ (ح) التَّائِبُ، وَيَكْفِي فِي الْكُفُورَةِ تَوْبَةٌ وَاحِدَةٌ؛ إِزَارًا، أَوْ سَرَاوِيلَ (ح م و)، أَوْ قَمِيصَ (ح م و)، وَيَكْفِي مَا يُوَارِي الرِّضِيعَ، إِذَا أَخَذَ الْوَلِيُّ لَهُ، وَإِنْ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ، فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ الْقَدْرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْمَخِيطُ، وَلَا الْجَدِيدُ، بَلْ يُجْزَى الْمُسْتَعْمَلُ، إِلَّا إِذَا تَخَرَّقَ بِالْإِسْتِعْمَالِ، أَوْ قَارَبَ الْأَنْمَحَاقَ، وَيَجُوزُ مِنَ الصُّوفِ وَالْكَتَّانِ وَالْكَزْبَاسِ وَالْإِبْرَيْسَمِ، وَفِي الدُّرْعِ وَجْهَانِ، وَفِي الشَّمَشَقِ وَالْقَلَنْسُوَةِ وَالْخُفِّ وَجْهَانِ، فَالظَّاهِرُ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ أَنَّ الثَّلْغَ كَالشَّمَشَقِ، لَا كَالْمِنْطَقَةِ؛ فَإِنَّهَا لَا تُجْزَى.

(النَّظَرُ الثَّلَاثُ: فِي الْمُلتَزِمِ)، وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ حِنْثَ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا (ح)، بَقِيَ حَيًّا أَوْ مَاتَ (ح)، لَكِنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الصَّوْمُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالتَّمْلِكِ (و)، وَلِلسَّيِّدِ الْمَنْعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ عَلَى التَّرَاجِي، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَوِيًّا؛ بِحَيْثُ لَا تَمْتَنِعُ الْخِدْمَةُ، وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ، وَيَكْسُوَ بَعْدَ مَوْتِهِ، إِذْ لَا رِقَّ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَفِي الْإِغْتَاقِ عَنْهُ وَجْهَانِ.

وَالْمَيْتُ يُعْتَقُ عَنْهُ وَارِثُهُ مِنْ مَالِهِ فِي الْكَفَّارَةِ الْمُرتَبَةِ، وَفِي الْمُخَيَّرِ يُطْعِمُ وَيَكْسُو، وَفِي الْإِغْتَاقِ وَجْهَانِ، وَالْأَجْنَبِيُّ لَا يُعْتَقُ (و) عَنْهُ مُتَبَرِّعًا، وَفِي الْإِطْعَامِ وَالْكَسْوَةِ وَجْهَانِ^(١)، وَالْوَارِثُ يَتَبَرَّعُ بِغَيْرِ الْعِنْتِ، وَفِي الْعِنْتِ وَجْهَانِ^(٢)، وَفِي صَوْمِ الْوَلِيِّ عَنْهُ خِلَافٌ^(٣)؛ وَصَوْمُ الْأَجْنَبِيِّ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَبٍ عَلَيْهِ، وَأَوَّلَى بِالْمَنْعِ.

وَلَوْ أَوْصَى فِي الْكَفَّارَةِ الْمُخَيَّرَةِ بِالْعِنْتِ، وَزَادَ قِيَمَةَ الْعَبْدِ عَلَى الطَّعَامِ^(٤)، فَفِي وَجْهِ يُخَسَّبُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

وَفِي وَجْهِ مِنَ الثَّلْثِ.

وَفِي وَجْهِ: قُدِّرَ قِيَمَةُ الطَّعَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَالزِّيَادَةُ مِنَ الثَّلْثِ، وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ يُكْفَرُ بِالْمَالِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ، أَنَّهُ كَالْعَبْدِ؛ لَا يُكْفَرُ إِلَّا بِالصَّوْمِ.

(١) قال الرافي: «والأجنبي لا يعتق عنه متبرعاً وفي الإطعام والكسوة وجهان» المسألة مذكورة في الوصايا مع طرد الوجهين في الإعتاق. [ت]

(٢) قال الرافي: «والوارث يتبرع بغير العتق وفي العتق وجهان» قد سبقت المسألة في الوصايا أيضاً، لكن أجاب بالجواز في العتق وغيره، ولم يتعرض للخلاف. [ت]

(٣) قال الرافي: «وفي صوم الولي عنه خلاف» الصورة مذكورة في الصوم والوصية والكفارات. [ت]

(٤) قال الرافي: «ولو أوصى في الكفارة المخيرة بالعتق وزاد قيمة العبد على الطعام» المسألة مذكورة في الوصايا من غير حكاية الوجه فيها. [ت]

(الْبَابُ الثَّالِثُ: فِيمَا يَقَعُ بِهِ الْحِنْثُ)

وَيَتَّبِعُ فِيهِ مُوجِبُ الْأَلْفَاظِ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ:

(النَّوعُ الْأَوَّلُ): مَا يَتَعَلَّقُ بِدُخُولِ الدَّارِ، فَإِذَا حَلَفَ عَلَيْهِ، لَمْ يَحْنُثْ (ح و ز) بِصُغُودِ السَّطْحِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْخُرُوجِ، لَمْ يَبْرَ أَيْضاً بِالصُّغُودِ (و)، وَيَحْنُثُ بِدُخُولِ الدَّهْلِيْزِ (و)، وَلَا يَحْنُثُ بِدُخُولِ (و) الطَّاقِ خَارِجَ الْبَيْتِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ، وَهُوَ فِي الدَّارِ، لَمْ يَحْنُثْ (و) بِالْمُقَامِ [ح] ^(١)، وَلَوْ قَالَ: لَا أَرْكَبُ وَهُوَ رَاكِبٌ، أَوْ لَا أَلْبَسُ، وَهُوَ لَاسِسٌ، حِنْثٌ بِالْإِسْتِدَامَةِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ بَيْتاً، حِنْثٌ بِبَيْتِ الشَّعْرِ وَالْجِلْدِ وَالْخَيْمَةِ، إِنْ كَانَ بَدَوِيّاً، وَفِي الْبَلَدِيِّ وَجْهَانِ؛ مَاخِذُهُمَا أَنَّهُ يُرْعَى عُزْفُ وَاضِعِ اللِّسَانِ، أَوْ عُزْفُ الْحَالِفِ وَفَهْمُهُ؟ وَلَوْ قَالَ: (درخانه نسوم)، لَمْ يَحْنُثْ (و) بِبَيْتِ الشَّعْرِ، إِذَا لَمْ يَنْبُثْ هَذَا الْعُزْفُ فِي الْفَارِسِيَّةِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ، فَمَكَثَ سَاعَةً، حِنْثٌ [ح] ^(٢)، وَإِنْ كَانَ (م) دُونَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَكَذَا لَوْ أَخْرَجَ أَهْلَهُ وَمَكَثَ، وَلَوْ خَرَجَ وَتَرَكَ أَهْلَهُ، بَرَّ، وَلَوْ أَنْتَهَضَ لِنَقْلِ الْأَمْتِعَةِ، كَمَا يَنْتَادُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَسَاكِنُ فُلَاناً، وَفَارَقَهُ فُلَانٌ، لَمْ يَحْنُثْ، وَإِنْ كَانَا فِي خَانٍ، وَأَنْفَرَدَ بِبَيْتِ، لَمْ يَحْنُثْ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَنْفَرَدَ بَيْتَ فِي دَارٍ يَحْنُثْ، وَلَوْ أَنْفَرَدَ بِحُجْرَةٍ فِي دَارٍ طَرَفُهَا عَلَى الدَّارِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَا مِنْ دَارٍ، فَأَنْتَهَضَ لِبِنَاءِ الْجِدَارِ، حِنْثٌ بِالْمَكَثِ عَلَى الصَّحِيحِ (و).

(النَّوعُ الثَّانِي: أَلْفَاظُ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ)، فَإِذَا قَالَ: لَا أَشْرَبُ مَاءَ هَذِهِ الْإِدَوَاتِ، لَمْ يَحْنُثْ (م) إِلَّا بِالْجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبُ، لَمْ يَبْرَ إِلَّا بِالْجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبُ مَاءَ هَذَا النَّهْرِ لَزِمَتْهُ الْكُفَّارَةُ فِي الْحَالِ؛ لِعُسْرِ الْبَرِّ، وَقِيلَ: يَبْرُ بِشُرْبِ الْبَغْضِ هَلْهُنَا، وَلَوْ قَالَ: لَا أَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ غَدًا، فَفِي لُزُومِ الْكُفَّارَةِ قَبْلَ الْغَدِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبُ مِنْ مَاءِ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ، وَلَا مَاءَ فِيهَا، لَزِمَتْهُ الْكُفَّارَةُ فِي الْحَالِ؛ كَقَوْلِهِ: لَا أَقْتُلَنَّ فُلَاناً، وَعَلِمَ أَنَّهُ مَيِّتٌ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ اللَّحْمَ وَالْعِنَبَ، لَمْ يَحْنُثْ (م) إِلَّا بِجَمْعِهِمَا، وَالْوَاوُ الْعَاطِفَةُ تَجْعَلُ الْجَمِيعَ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ الرَّأْسَ، لَمْ يَحْنُثْ (م) بِرَأْسِ الطَّيْرِ وَالسَّمَكِ، وَيَحْنُثُ بِرَأْسِ الْإِبِلِ (و) وَالْبَقَرِ، وَلَا يَحْنُثْ (و) بِرَأْسِ الطَّبَّاءِ إِلَّا إِذَا أُغْتِيَدَ أَكُلُهُ فِي مَوْضِعٍ، فَيَحْنُثُ مَنْ حَلَفَ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَفِي غَيْرِ أَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْبَيْضِ، لَمْ يَحْنُثْ بِبَيْضِ السَّمَكِ وَالْعُصْفُورِ ^(٣)، وَيَحْنُثُ بِبَيْضِ النَّعَامِ، وَلَوْ حَلَفَ

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) قال الرافعي: ولو حلف على البيض لم يحنث ببيض السمك والعصفور والظاهر في العصفور أنه يحنث.

[ت]

عَلَى الْخُبْزِ، لَمْ يَخْنَثْ بِخُبْزِ الْأُرْزِ إِلَّا بِطَبْرِسْتَانَ^(١)، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى اللَّحْمِ، لَمْ يَخْنَثْ بِالسَّخْمِ، وَيَخْنَثُ بِالسَّمِينِ، وَفِي الْأَلْيَةِ وَالسَّامِ وَجْهَانِ، وَلَا يَخْنَثُ بِالْأَمْعَاءِ وَالْكَبِدِ وَالْكَرْشِ، وَفِي الْقَلْبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الزُّبْدِ، لَمْ يَخْنَثْ بِالسَّمْنِ، وَفِي عَكْسِهِ خِلَافٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى السَّمْنِ، لَمْ يَخْنَثْ بِالْأَذْهَانِ، وَفِي عَكْسِهِ خِلَافٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْجَوْزِ، حَيْثُ بِالْهِنْدِيِّ، وَعَلَى التَّمْرِ، لَا يَخْنَثُ بِالْهِنْدِيِّ^(٢)، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَأْكُلُ، لَمْ يَخْنَثْ بِالشُّرْبِ، وَكَذَا عَكْسُهُ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَأْكُلُ السُّكَّرَ، فَوَضِعَ فِي فِيهِ، حَتَّى ذَابَ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْعِنَبِ، لَمْ يَخْنَثْ بِعَصِيرِهِ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى السَّمْنِ، لَمْ يَخْنَثْ، إِذَا جَعَلَهُ فِي عَصِيدَةٍ، وَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ أَثَرٌ، وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ أَثَرٌ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَفِي الْخَلِّ إِذَا جَعَلَهُ فِي السُّكْبَاجِ^(٣) وَجْهَانِ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ لَا يَخْنَثُ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَدُقُّ، فَأَذْرَكَ طَعْمَهُ وَمَجَّهَ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْفَاكِهَةِ، حَيْثُ بِالْمِنَبِ (ح) وَالزُّمَانِ (ح)، وَلَا يَخْنَثُ (و) بِالْقَنَاءِ، وَفِي الْبَطِيخِ تَرْدُدٌ، وَيَخْنَثُ بِبَاسِ الْفَوَاكِهِ، وَفِي اللَّبُوبِ تَرْدُدٌ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَأْكُلُ الْبَيْضَ، ثُمَّ حَلَفَ أَنْ يَأْكُلَ مِمَّا فِي كُمِّ فَلَانٍ، فَإِذَا هُوَ بَيْضٌ، فَأَتَّخَذَ مِنْهُ النَّاطِفَ^(٤)، فَأَكَلَ مِنْهُ، فَقَدْ أَكَلَ مِمَّا فِي كُمِّهِ، وَلَمْ يَأْكُلِ الْبَيْضَ، فَيَبُزُّ فِي الْبَيْمَتَيْنِ.

(النَّوعُ الثَّلَاثُ: فِي الْعُقُودِ)، فَإِذَا حَلَفَ عَلَى مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ، لَا يَخْنَثُ بِمَا مَلَكَهُ بِهِتَةً، أَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِإِقَالَةٍ، أَوْ رَدَّ بَعِيبٍ أَوْ قِسْمَةٍ، وَمَا مَلَكَهُ بِالسَّلَمِ أَوْ الصُّلْحِ عَنِ الدِّينِ، فَهُوَ كَالْمُشْتَرَى، وَالْمَأْخُودُ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِمُشْتَرَى، وَلَوْ اشْتَرَى زَيْدٌ وَعَمَرُوهُ، فَأَكَلَ مِنْهُ، لَمْ يَخْنَثْ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ خَلَطَ مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ بِمَا اشْتَرَاهُ عَمَرُوهُ، حَيْثُ، إِذَا أَكَلَ مِنَ الْمُخْتَلِطِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْتَرِي، وَلَا أَتَزَوَّجُ، فَوَكَّلَ، وَعَقَدَ الْوَكِيلُ، لَمْ يَخْنَثْ (م و)، وَكَذَا لَوْ قَالَ الْأَمِيرُ: لَا أَضْرِبُ، فَأَمَرَ الْجَلَادَ، وَإِنْ تَوَكَّلَ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، لَمْ يَخْنَثْ فِيمَا أَضَافَهُ إِلَى الْمَوْكَلِ^(٥)؛ وَفِيمَا نَوَى لِمَوْكَلِهِ، يَخْنَثُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُّمُ عَبْدًا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ، فَأَشْتَرَى وَكَيْلَ زَيْدٍ، لَمْ يَخْنَثْ، إِنْ كَلَّمَهُ، وَكَذَا فِي أَمْرَائِهِ تَزَوُّجَهَا زَيْدٌ، لَا يَخْنَثُ، إِذَا قَبِلَ وَكَيْلَ زَيْدٍ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُّمُ زَوْجَةَ زَيْدٍ، حَيْثُ بِهِذَا، وَلَوْ قَالَ: لَا أَبِيعُ الْحَمْرَ، قَبَاعَ (و ح)، أَوْ لَا أَبِيعُ مَالَ أَمْرَأَتِي بِغَيْرِ إِذْنِهَا، قَبَاعَ، لَمْ يَخْنَثْ (ح و ز م)؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِبَيْعِ حَقِيقَةٍ، وَالْفَاسِدُ لَيْسَ (ح م) بِعَقْدٍ إِلَّا إِذَا حَلَفَ أَلَّا يَحْجَّ، يَخْنَثُ بِالْفَاسِدِ؛ لِأَنَّهُ مُنْعَقِدٌ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَهْبُ مِنْهُ، حَيْثُ بِالتَّصَدُّقِ عَلَيْهِ (ح و) بِالزُّقْبَى (و)، وَالْعُمَرَى (و)، وَبِالْوَقْفِ أَيْضًا، إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَتَصَدَّقُ، لَمْ يَخْنَثْ (و) بِالْهَيْتَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا مَالَ لِي،

(١) قال الرافي: «ولو حلف على الخبز لم يحنث بخبز الأرز إلا بـ «طبرستان» هذا وجه، والصحيح أنه يحنث به في جميع البلاد. [ت]

(٢) قال الرافي: «ولو حلف على الجوز حنث بالهندي وعلى التمر لا يحنث بالهندي» ويشبه أن يرجح ما في التهذيب وهو التسوية بينهما في عدم الحنث. [ت]

(٣) السُّكْبَاجُ: طعام يعمل من اللحم والخل مع توابل وأفوايه وهو معرب. ينظر: المعجم الوسيط ٤٣٨/١.

(٤) النَّاطِفُ: ضرب من الحلوى يصنع من اللوز والجوز والفستق. ينظر: المعجم الوسيط ٩٣٠/٢ - ٩٣١.

(٥) قال الرافي: «وأن يوكل في هذه العقود لم يحنث فيما أضافه إلى الموكل» الأشبه أنه يحنث. [ت]

حَيْثُ بِكُلِّ مَالٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ زَكَاةً (ح)، وَيَخْنُثُ إِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى مُعْسِرٍ، مُوَجَّلاً أَوْ مُعَجَّلاً، وَيَخْنُثُ إِنْ كَانَ لَهُ عَبْدٌ أَيْقٍ أَوْ مُدَبَّرٌ، وَفِي الْمَكَاتِبِ وَأُمُّ الْوَلَدِ خِلَافٌ، وَلَا يَخْنُثُ إِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَنَفَعَةَ دَارٍ بِالْإِجَارَةِ.

(النُّوعُ الرَّابِعُ: فِي الْإِضَافَاتِ وَالصِّفَاتِ)، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ، لَمْ يَخْنُثْ (ح م) بِدُخُولِ مَسْكَنِهِ الَّذِي لَا يَمْلِكُهُ، وَيَخْنُثُ بِدُخُولِ دَارِهِ الَّذِي لَا يُسْكِنُ، وَمُطْلَقُ الْإِضَافَةِ لِلْمَلِكِ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَدْخُلُ مَسْكَنَهُ، حَيْثُ بِدُخُولِ مَسْكَنِهِ الْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ، وَفِي الْمَغْضُوبِ وَجْهَانِ، وَفِي مِلْكِهِ الَّذِي لَا يَسْكُنُهُ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي الثَّلَاثِ يَخْنُثُ، إِنْ كَانَ قَدْ سَكَنَهُ يَوْمًا، وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ هَذِهِ، فَبَاعَهَا زَيْدٌ، ثُمَّ دَخَلَ، حَيْثُ (و) تَغْلِيْبًا لِلإِشَارَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ لَحْمَ هَذِهِ الْبَقَرَةِ، وَأَشَارَ إِلَى سَخْلَةٍ، حَيْثُ بِلَحْمِهَا؛ تَغْلِيْبًا لِلإِشَارَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ هَذَا الْبَابَ، فَحَوَّلَ الْبَابَ إِلَى مَنْفَذٍ آخَرَ، فَثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ.

فِي وَجْهِ: لَا يَخْنُثُ بِدُخُولِ وَاحِدٍ مِنَ الْمَنْفَذَيْنِ؛ حَتَّى يَجْتَمِعَ الْبَابُ وَالْمَنْفَذُ الْمُسَارُ إِلَيْهِ.

وَفِي وَجْهِ: يَخْنُثُ بِالْمَنْفَذِ الْأَوَّلِ.

وَفِي وَجْهِ يَخْنُثُ بِالْبَابِ الْمَنْفُودِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ بَابَ هَذِهِ الدَّارِ، وَلَمْ يُعَيِّنِ الْبَابَ، فَفُتِحَ بَابُ جَدِيدٍ، فَفِي حِنْثِهِ بِدُخُولِ الْبَابِ الْجَدِيدِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الدُّخُولِ، فَتَزَلَّ إِلَى الدَّارِ مِنَ السَّطْحِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ الْعَبْدِ، لَمْ يَخْنُثْ (ح) إِلَّا بِمَا يَمْلِكُهُ (و) بَعْدَ الْعَتَقِ، إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَرْكَبُ سَرْجَ دَابَّةٍ، حَيْثُ بِمَا هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهَا؛ بِخِلَافِ الْعَبْدِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ مَا مَنَّ بِهِ فُلَانٌ عَلَيَّ، أَوْ مَا غَزَلْتُ فُلَانَةً، يُحْمَلُ عَلَى الْمُؤَهَّبِ، وَالْمَغْزُولِ فِي الْمَاضِي، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ ثَوْبًا مِنْ غَزَلِهَا، حُمِلَ عَلَى الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ، وَلَوْ لَيْسَ مَا خِيطَ بِغَزَلِهَا، لَمْ يَخْنُثْ، وَكَذَلِكَ لَوْ لَيْسَ مَا سَدَاهُ مِنْ غَزَلِهَا، دُونَ اللَّحْمَةِ، لَمْ يَخْنُثْ، إِذَا ذَكَرَ الثَّوبَ فِي الْيَمِينِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ ثَوْبًا، فَازْتَدَى بِقَمِيصٍ، أَوْ أَكْزَرَ، حَيْثُ، وَلَوْ فَرَشَ، وَرَقَدَ عَلَيْهِ، لَمْ يَخْنُثْ، وَلَوْ تَدَثَّرَ بِهِ، فَفِيهِ نَظَرٌ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ قَمِيصًا، فَازْتَدَى بِقَمِيصٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ فَتَقَهُ، وَأَكْزَرَ بِهِ، لَمْ يَخْنُثْ، وَلَوْ قَالَ: هَذَا الْقَمِيصَ، ثُمَّ أَكْزَرَ بِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَخْنُثَ، وَيَجْرِيَانِ فِيمَا لَوْ فَتَقَهُ تَغْلِيْبًا لِلإِشَارَةِ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ لَحْمَ هَذِهِ السَّخْلَةِ، فَكَبِرَتْ، أَوْ لَا أَكُلُهُ هَذَا الْعَبْدَ، فَعَتَقَ، أَوْ هَذَا الرُّطْبَ، فَتَمَرَّ، أَوْ هَذِهِ الْحِنْطَةَ، فَطَحَنَتْ، فَفِيهَا وَجْهَانِ؛ لِتَقَابُلِ الْإِشَارَةِ وَالصِّفَةِ.

وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَخْرُجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَأَذِنَ بِحَيْثُ [لَمْ] يَسْمَعْ الْمَأْذُونَ، فَوَجْهَانِ^(١)، وَإِنْ خَرَجَتْ

(١) قال الراعي: «ولو حلف لا يخرج بغير إذنه فأذن بحيث لم يسمع المأذون له فوجهان» قيل فيه قولان: منصوص، وهو أنه لا يحث ومخرج. [ت] في «ط» من الوجيز «بحيث يسمع» والصواب المثبت.

مَرَّةً يَأْذَنِيهِ، أَنْحَلَ (ح و) الْيَمِينَ، فَلَا يَخْنُثُ بَعْدَهُ.

وَلَوْ قَالَ: لَا تَخْرُجْ بِغَيْرِ خُفٍّ، فَخَرَجْتَ بِخُفٍّ، لَمْ يَنْحَلِ الْيَمِينَ^(١).

(النُّوعُ الْخَامِسُ: فِي الْكَلَامِ)، وَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ، لَا أَكْلُمُكَ، فَتَنَحَّ عَنِّي، حَيْثُ يَقُولُهُ: تَنَحَّ عَنِّي؛ وَكَذَا (ح) لَوْ شَتَمَهُ، وَلَوْ كَاتَبَهُ، لَمْ يَخْنُثْ (م و)، وَلَا يَخْنُثُ بِالْإِشَارَةِ الْمُفْهَمَةِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْمُهَاجَرَةِ، فَقَبِي الْمُكَاتَبَةَ تَرَدَّدَ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَتَكَلَّمُ، حَيْثُ يَزِيدُ الشَّعْرَ مَعَ نَفْسِهِ، وَلَا يَخْنُثُ بِالتَّهْلِيلِ وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، وَلَوْ قَالَ: لِأَتَيْنَنَّ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى بِأَحْسَنِ الشَّأْنِ، فَلْيَقُلْ: لَا أَحْصِي ثَنَاءً عَلَيْكَ؛ أَنْتَ كَمَا أَثْنَيْتَ عَلَى نَفْسِكَ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي، ثُمَّ تَحَرَّمَ بِالصَّلَاةِ، حَيْثُ، وَإِنْ أَفْسَدَهَا بَعْدَ ذَلِكَ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَخْنُثُ إِلَّا بِصَلَاةٍ تَامَةٍ.

(النُّوعُ السَّادِسُ: فِي تَأْخِيرِ الْحِنْثِ وَتَقْدِيمِهِ)، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلَنَّ هَذَا الطَّعَامَ عَدَاً، وَأَخَّرَ، حَيْثُ، وَإِنْ تَلَفَ الطَّعَامَ قَبْلَ الْعَدِ، أَوْ مَاتَ الْحَالِفُ، فَقَدْ تَعَدَّرَ الْبُرُّ، لَا بِاخْتِيَارِهِ، فَيُخْرَجُ عَلَى قَوْلِي الْإِكْرَاهِ، وَلَوْ تَلَفَ فِي أَثْنَاءِ الْعَدِ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَكْلِ، فَلَزُومُ الْكَفَّارَةِ يُلْتَفَتُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ مَنْ مَاتَ، وَلَمْ يُصَلِّ فِي أَثْنَاءِ الْوَقْتِ، هَلْ يَغْصِي؟ وَلَوْ قَالَ: لَا أَقْضِيَنَّ حَقَّكَ عَدَاً، فَأَبْرَأَهُ الْمُسْتَحِقُّ، فَقَدْ فَاتَ الْبُرُّ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُسْتَحِقُّ، وَفَى بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْوَرَثَةِ، وَإِنْ مَاتَ الْحَالِفُ، فَقَدْ فَاتَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، فَعَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُ الْحِنْثِ بَعْدَ الْمَوْتِ، إِذَا سَبَقَ الْيَمِينَ فِي الْحَيَاةِ، وَإِنْ قَالَ: لَا أَقْضِيَنَّ حَقَّكَ عِنْدَ رَأْسِ الْهِلَالِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُخْضِرَ الْمَالَ وَيَتَرَصَّدَ، فَإِنْ سَلَّمَ قَبْلَ الْهِلَالِ أَوْ بَعْدَهُ، حَيْثُ (ح م).

وَقِيلَ: لَهُ فُسْحَةٌ فِي تِلْكَ اللَّيْلَةِ وَيَوْمِهَا.

وَلَوْ قَالَ لَا أَقْضِيَنَّ حَقَّكَ إِلَى حِينٍ، لَمْ يَخْنُثْ (ح م) بِالتَّأْخِيرِ إِلَى أَنْ يَقُوتَ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَحَقَّقُ الْحِنْثُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ بَعْدَ حِينٍ، حَيْثُ بَعْدَ لَحْظَةٍ.

(النُّوعُ السَّابِعُ: فِي الْخُصُومَاتِ)، فَلَوْ قَالَ: لَا أَرَى مُنْكَرًا إِلَّا رَفَعْتُهُ إِلَى الْقَاضِي، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْبِدَاؤُ، بَلْ عُمُرُهُ وَعُمُرُ الْقَاضِي مُهْلَتُهُ، وَهَلْ يُحْمَلُ عَلَى الْقَاضِي الْمَوْجُودُ فِي الْوَقْتِ، أَوْ عَلَى الْجِنْسِ؟ وَجَهَانٍ^(٢)، وَلَوْ عَيَّنَ الْقَاضِي، فَعُزِلَ، فَقَبِي الرِّفْعِ إِلَيْهِ بَعْدَهُ خِلَافٌ، وَلَوْ بَادَرَ، فَمَاتَ الْقَاضِي قَبْلَ الْإِنْتِهَاءِ إِلَى مَجْلِسِهِ، قِيلَ: لَا يَحْنُثُ.

وَقِيلَ: يُخْرَجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي قَوَاتِ الْبُرِّ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

(١) قال الرافعي: «ولو قال: لا تخرج بغير خفٍ فخرجت بخفٍ لم تنحل اليمين» الأقوى الانحلال كما في الصورة السابقة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وهل يحمل على القاضي الموجود في الوقت، أو على الجنس؟ فيه وجهان» ويقال: قولان. [ت]

وَلَوْ رَأَى الْمُتَكِّرَ بَعْدَ أَطْلَاعِ الْقَاضِي، فَقَدْ قِيلَ: فَاتِ الْبُرِّ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

وَقِيلَ: يَبْرُ بِالرُّفْعِ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِعْلَامٌ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يُفَارِقُ غَرِيمَهُ، فَفَارَقَهُ الْغَرِيمُ، فَلَمْ يَتَّبِعْهُ، لَمْ يَخْنَتْ؛ وَكَذَا لَوْ كَانَا يَتِمَاشِيَانِ، فَمَشَى الْغَرِيمُ، وَوَقَفَ؛ لِأَنَّ الْمُفَارِقَ هُوَ الْغَرِيمُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: لَا يَفْتَرِقُ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَيَضْرِبَنَّ مِائَةً خَشْبَةً، حَصَلَ الْبُرُّ بِأَنْ يُضْرَبَ بِعِشْكَالٍ عَلَيْهِ مِائَةُ شِمْرَاخٍ، وَإِنْ قَلَّ الْأَلَمُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْكَبِسَ جَمِيعُ الشَّمَارِيخِ، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَمَسَّ أَحَادَهَا بَدَنَهُ، وَلَا بِأَسِّ بِحَائِلٍ لَا يَمْنَعُ أَضْلَهَا مِنَ الضَّرْبِ، وَلَوْ شَكَّ فِي الثَّقِيلِ وَالْأَنْكَبَاسِ، لَا يَخْنَتْ؛ لِأَنَّ الضَّرْبَ سَبَبُ ظَاهِرٍ فِي الْأَنْكَبَاسِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ الدَّارَ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ، فَدَخَلَ، وَمَاتَ زَيْدٌ، وَلَمْ يَعْرِفْ مَشِيئَتَهُ، حَيْثُ (ح م)؛ لِأَنَّ الْأَضْلَ عَدَمُ الْمَشِيئَةِ، وَلَيْسَ لَهَا سَبَبُ ظَاهِرٌ.

وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى مِائَةٍ سَوِطٍ بَدَلَ الْخَشْبَةِ، لَمْ يَكْفِهِ (و) الشَّمَارِيخُ، بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ مِائَةً سَوِطٍ، وَيَضْرِبَ دَفْعَةً وَاحِدَةً، (وَلِنَقْتِصِرَ) عَلَى هَذَا الْقَدْرِ؛ فَإِنَّ أَمْنَالَ هَذِهِ الصُّورَةِ لَا تَنْحَصِرُ الْبَتَّةَ.

(خَاتِمَةٌ)

كُلُّ مَا عَلَّقَهُ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ، فَإِذَا حَصَلَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ؛ إِمَّا بِالْإِكْرَاهِ، أَوْ بِالنَّسْيَانِ، وَإِمَّا بِالْجَهْلِ، فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَصُورَةُ الْجَهْلِ؛ أَنْ يَقُولَ: لَا أَسْلَمُ عَلَى زَيْدٍ، ثُمَّ سَلَّمَ عَلَيْهِ فِي ظُلْمَةٍ، وَهُوَ لَا يَعْرِفُهُ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى الدُّخُولِ، فَحُمِلَ قَهْرًا، وَأَدْخِلَ، لَمْ يَخْنَتْ (و)، وَإِنْ حُمِلَ بِإِذْنِهِ، حَيْثُ، وَإِنْ سَكَتَ مَعَ الْقُدْرَةِ، فَفِيهِ خِلَافٌ (و)، وَلَوْ سَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ فِيهِمْ زَيْدٌ، وَأَسْتَشْنَاهُ بِقَلْبِهِ (و)، أَوْ بِلَفْظِهِ، لَمْ يَخْنَتْ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَشِنْ، حَيْثُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (ز)، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ عَلَى زَيْدٍ، فَدَخَلَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ، وَأَسْتَشْنَى بِقَلْبِهِ دُخُولَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ^(١)، وَإِنْ دَخَلَ، وَلَمْ يَعْلَمْ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، عَلَى مَا إِذَا كَانَ وَخْدَهُ، وَهُوَ جَاهِلٌ، وَأَوَّلَى بِالْأَخْنَتِ، وَإِنْ دَخَلَ لِشُغْلٍ آخَرَ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ فِيهِ، وَكَانَ وَخْدَهُ، فَالْتَصُّ أَنَّهُ لَا يَخْنَتْ، لِإِنْصِمَامِ الْجَهْلِ إِلَى صَارِفٍ عَنْهُ إِلَى الشُّغْلِ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ.

(١) قال الرافي: «لو قال: لا أدخل على زيد فدخل على قوم وهو فيهم واستثنى بقلبه دخوله، ففيه وجهان»

قيل: قولان. [ت]

(كِتَابُ النَّذْرِ)

(وَالنَّظَرُ فِي الْأَرْكَانِ وَالْأَحْكَامِ)، وَالْأَرْكَانُ ثَلَاثَةٌ: الْمُتَزِمُ وَاللَّفْظُ، وَالْمُتَزِمُ، :

(أَمَّا الْمُتَزِمُ)، فَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْعِبَادَةِ، وَلَا يَصِحُّ نَذْرُ الْكَافِرِ (و)، لَكِنَّ الْأَحَبَّ إِذَا أَسْلَمَ أَنْ يَبْقَى بِهِ .

(وَأَمَّا الصَّيْغَةُ)، فَهِيَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ شَقَى اللَّهُ مَرِيضِي، فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَلَاةٌ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ كَلَمْتُ زَيْدًا، فَقَدْ ذَكَرْنَا؛ أَنَّهُ يَمِينُ الْغَضَبِ، وَلَوْ قَالَ أَيْدَاءُ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ، فَقَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ (ح م) أَنْ يُلْزِمَ نَفْسَهُ مَا لَيْسَ بِلَازِمٍ، إِلَّا فِي مُقَابَلَةِ نِعْمَةٍ أَوْ دَفْعِ بَلَاءٍ .

(الثَّانِي): أَنَّهُ يَصِحُّ وَيُلْزِمُ، وَلَوْ عَقَّبَ النَّذْرَ بِقَوْلِهِ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، لَمْ يُلْزِمُهُ شَيْءٌ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ إِنْ شَاءَ زَيْدٌ، لَمْ يُلْزِمُهُ شَيْءٌ، وَإِنْ شَاءَ .

(وَأَمَّا الْمُتَزِمُ)، فَهُوَ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ:

(الْأُولَى) كُلُّ عِبَادَةٍ مَقْصُودَةٍ؛ كَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ وَالْحَجِّ، فَيُلْزِمُ بِالنَّذْرِ حَتَّى فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ؛ كَالْجِهَادِ وَتَجْهِيزِ الْمَوْتَى وَالصَّلَاةَ عَلَى الْجَنَازَةِ، وَيُلْزِمُ بِصِفَاتِهَا؛ حَتَّى لَوْ قَالَ: أَحُجُّ مَاشِيًا، أَوْ أَلْتَزِمَ طُولَ الْقِرَاءَةِ، لَزِمَ؛ كَمَا وَصَفَ، فَإِنْ أَلْتَزِمَ الْمَشْيَ فِي حِجَّةِ الْإِسْلَامِ، أَوْ طُولَ الْقِرَاءَةِ فِي الْفَرَائِضِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ أَلَّا يَتْرَكَ الْوِثْرَ وَرَكَعَتَيِ الْفَجْرِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ أَلَّا يُفْطِرَ فِي السَّفَرِ، لَعَا قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ لِلشَّعْرِ .

(الثَّانِيَةُ: الْقُرْبَاتُ)؛ كَالْعِبَادَةِ لِلْمَرِيضِ، وَإِفْشَاءِ السَّلَامِ، وَزِيَارَةِ الْقَادِمِ، فَفِي لُزُومِهِ بِالنَّذْرِ وَجْهَانِ، إِذْ لَيْسَ عِبَادَةٌ، وَلَكِنْ يَتَقَرَّبُ بِهَا؛ عَلَى الْجُمْلَةِ، وَفِي تَجْدِيدِ الْوُضُوءِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ الْوُضُوءَ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ مَقْصُودَةٍ لِعَيْنِهَا فِي الْأَصْلِ .

(الثَّالِثَةُ: الْمُبَاحَاتُ)؛ كَالْأَكْلِ، وَالنُّوْمِ، فَلَا يُلْزِمُ، وَإِنْ تُصَوِّرَ أَنْ يَقْصِدَ بِالْأَكْلِ التَّقْوَى عَلَى الْعِبَادَةِ، فَيُنَابِئُ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى مُجَرَّدِ الْقَصْدِ، نَعَمْ، إِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَلَّا أَكُلَ، فَقَدْ قِيلَ: تَجِبُ كَفَّارَةٌ يَمِينٌ بِمُجَرَّدِ لَفْظِهِ، أَكَلٌ أَوْ لَمْ يَأْكُلْ^(١)، وَهُوَ بَعِيدٌ، إِلَّا أَنْ يَنْوِي بِهِ الْيَمِينَ، فَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِالْحِنْثِ، إِنْ أَكَلَ .

(فَرْعٌ): إِذَا نَذَرَ الْجِهَادَ فِي جِهَةٍ، قِيلَ: تَتَعَيَّنُ الْجِهَةُ .

وَقِيلَ: لَا تَتَعَيَّنُ .

وَقِيلَ: تَتَعَيَّنُ تِلْكَ الْجِهَةُ أَوْ مَا يُسَاوِيهَا فِي الْمَسَافَةِ وَالْمُؤَنَةِ .

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَإِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَلَّا أَكُلَ هَذَا فَقَدْ قِيلَ: تَجِبُ كَفَّارَةٌ يَمِينٌ بِمُجَرَّدِ لَفْظِهِ أَكَلٌ أَوْ لَمْ يَأْكُلْ» المشهور من كيفية الخلاف أنه إذا خالف لزمته الكفارة، والذي فعله لا يتحقق ثبوته. [ت]

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِ النَّذْرِ)، وَهُوَ يَتَّبِعُ مُوجِبَ اللَّفْظِ، وَالْمُلْتَزِمَاتُ أَنْوَاعٌ:

(النَّوْعُ الْأَوَّلُ): الصَّوْمُ، فَإِذَا نَذَرَ مُطْلَقَ الصَّوْمِ، كَفَاهُ يَوْمٌ، وَفِي لُزُومِ التَّبَيُّتِ قَوْلَانِ:

أَصَحُّهُمَا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ؛ تَنْزِيلاً عَلَى أَقَلِّ جَائِزٍ، لَا عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٍ؛ وَكَذَا فِي الصَّلَاةِ يَكْفِيهِ رَكْعَةٌ^(١)، وَفِي الصَّدَقَةِ يَكْفِيهِ دَانِقٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَجِبُ فِي الْخُلْطَةِ، وَفِي الْاِغْتِكَافِ، هَلْ يَكْفِيهِ الدُّخُولُ وَالْيَتَةُ مِنْ غَيْرِ مُكْتَبٍ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و).

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ شَهْرٍ مُتَفَرِّقًا، لَمْ يَلْزَمْ (و) ^(٢) التَّفْرِيقُ^(٣)، وَلَوْ عَيَّنَ يَوْمًا لِلصَّوْمِ، تَعَيَّنَ؛ فِي أَحَدِ

الْوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ شَرَطَ التَّائِبُ فِي صَوْمِ شَهْرٍ مُعَيَّنٍ، لَمْ يَجِبِ التَّائِبُ فِي قَضَائِهِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَصُومُ هَذِهِ السَّنَةَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءُ أَيَّامِ الْعِيدِ وَأَيَّامِ رَمَضَانَ، وَهَلْ يَجِبُ قَضَاءُ أَيَّامِ الْحَيْضِ وَالْمَرَضِ؟ وَجِهَانِ^(٤)، وَيَجِبُ قَضَاءُ مَا أَفْطَرَ فِي السَّقَرِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ صَوْمُ سَنَةٍ، فَلَا يَكْفِيهِ إِلَّا أَثْنَا عَشَرَ شَهْرًا، وَلَا يَنْحَطُّ عَنْهُ أَيَّامُ رَمَضَانَ وَالْعِيدِ وَالْحَيْضِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ يَوْمَ يَفْدُمُ فَلَانٌ، فَقَدِمَ لَيْلًا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَدِمَ نَهَارًا، لَمْ يَكْفِهِ صَوْمُ ذَلِكَ الْيَوْمِ، مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَنْوِهِ بِاللَّيْلِ، وَهَلْ يَلْزَمُ صَوْمُ يَوْمٍ آخَرَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ يَوْمَ يَفْدُمُ فَلَانٌ، فَبَاعَ الْعَبْدَ ضَخْوَةَ ذَلِكَ الْيَوْمِ، ثُمَّ قَدِمَ، بَانَ بَطْلَانُ الْعَقْدِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَيُحْمَلُ ذِكْرُ الْيَوْمِ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ الْيَوْمِ، وَلَوْ ظَهَرَ بِعَلَامَةٍ، أَنَّهُ يَفْدُمُ غَدًا، فَتَوَى لَيْلًا، كَفَاهُ مَعَ التَّرَدُّدِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِظُهُورِ الْعَلَامَةِ، وَلَوْ نَذَرَ مَنْ نَوَى نَهَارًا صَوْمَ تَطَوُّعٍ؛ أَنْ يُتِمَّ ذَلِكَ الْيَوْمَ، لَزِمَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَذَرَ رَكْعَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ قَاعِدًا مَعَ الْقُدْرَةِ، جَاَزَ لَهُ الْقُعُودُ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ بَعْضِ يَوْمٍ، لَعَا نَذَرُهُ؛ فِي وَجْهِهِ.

وَفِي وَجْهِهِ: يَلْزَمُهُ يَوْمٌ كَامِلٌ.

وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ نَذَرَ رُكُوعًا أَوْ سُجُودًا، فَعَلَى وَجْهِهِ عَلَيْهِ رَكْعَةٌ.

وَعَلَى وَجْهِهِ: يَلْغُو.

وَلَوْ نَذَرَ حَجَّ هَذِهِ السَّنَةِ، وَهُوَ عَلَى مِائَةِ فَرَسَخٍ، وَلَمْ يَبْقَ إِلَّا يَوْمٌ، فَتَذَرُهُ لَأَغ.

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ يَوْمِ الْأَثَانِينَ، أَوْ يَوْمَ يَفْدُمُ فَلَانٌ أَبَدًا، فَقَدِمَ يَوْمَ الْأَثْنَيْنِ، لَزِمَهُ الْأَثَانِينَ؛ لِأَنَّ

الصَّحِيحَ (و) أَنَّ الْوَقْتَ مُتَعَيَّنٌ فِي الصَّوْمِ.

وَلَا يَجِبُ قَضَاءُ الْأَثَانِينَ الْوَاقِعَةِ فِي رَمَضَانَ إِلَّا الْأَثْنَيْنِ الْخَامِسَ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ قَدْ يَقَعُ، وَقَدْ لَا

(١) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «فِي لُزُومِ التَّبَيُّتِ قَوْلَانِ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ لَا تَجِبُ تَنْزِيلًا عَلَى أَقَلِّ جَائِزٍ لَا عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٍ

وَكَذَا فِي الصَّلَاةِ يَكْفِيهِ رَكْعَةٌ» الْأَصَحُّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ لُزُومُ التَّبَيُّتِ، وَأَنَّهُ يَلْزَمُ فِي نَذْرِ الصَّلَاةِ رَكْعَتَانِ. [ت]

(٢) فِي أَيْلِزَمِهِ.

(٣) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ شَهْرٍ مُتَفَرِّقًا لَمْ يَلْزَمِهِ التَّفْرِيقُ» هَذَا وَجْهِهِ وَالْأَقْرَبُ لُزُومُهُ. [ت]

(٤) قَالَ الرَّافِعِيُّ: «وَهَلْ يَجِبُ قَضَاءُ أَيَّامِ الْحَيْضِ وَالْمَرَضِ؟ فِيهِ وَجِهَانِ» الْأَشْهَرُ قَوْلَانِ. [ت]

يَقَعُ، فَفِي قَضَائِهِ خِلَافٌ، فَإِنْ كَانَتْ تَحِيضُ عَشْرًا، فَلَا بُدَّ مِنْ وَقُوعِ بَعْضِ الْاِثْنَيْنِ فِي الْحَيْضِ، فَلَا أَظْهَرَ أَنَّهُ (و) لَا يَجِبُ قَضَاءُ ذَلِكَ، وَكَذَا الْخِلَافُ (و) فِيمَا يَقُوتهُ بِسَبَبِ صَوْمِ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، لَزِمَهُ فِي كِفَارَةِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا إِنْ لَزِمَتْ قَبْلَ النَّذْرِ، فَلَا تُقْضَى؛ كَأَيَّامِ رَمَضَانَ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ الدَّهْرِ، لَزِمَهُ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَيَّامِ الْعِيدِ وَالْحَيْضِ وَرَمَضَانَ، وَلَهُ الْفَطْرُ بِالْمَرَضِ وَالسَّفَرِ، وَلَا يُمَكِّنُ الْقَضَاءُ، وَلَوْ أَفْطَرَ عَمْدًا، فَعَلَيْهِ مُدٌّ؛ إِذِ الْقَضَاءُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَالْدَّهْرُ مُسْتَعْرِقٌ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ يَوْمِ الْعِيدِ، لَغَا نَذَرُهُ، وَفِي يَوْمِ الشُّكِّ وَنَذَرِ الصَّلَاةِ فِي الْأَوْقَاتِ الْمَكْرُوهَةِ وَجِهَانِ.

(النُّوعُ الثَّانِي: الْحَجُّ) فَإِذَا نَذَرَ الْحَجَّ مَا شَاءَ، وَقُلْنَا: إِنَّ الْمَشْيَ أَفْضَلَ، لَزِمَهُ، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَمْشِيَ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ قَبْلَ الْإِحْرَامِ، فَفِي لُزُومِهِ وَجِهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ الْمَشْيَ قَبْلَ الْإِحْرَامِ، فَإِنْ أَطْلَقَ، حُجِّلَ عَلَى الْمَشْيِ مِنَ الْمِيقَاتِ، أَوْ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ؟ فِيهِ وَجِهَانِ، وَلَهُ الرُّكُوبُ بَعْدَ أَحَدِ التَّحْلِيلَيْنِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ^(١).

وَلَوْ فَاتَهُ الْحَجُّ، أَوْ فَسَدَ، لَزِمَهُ لِقَاءُ الْبَيْتِ، وَفِي جَوَازِ الرُّكُوبِ وَجِهَانِ^(٢).

ثُمَّ يَلْزَمُ قَضَاءُ الْحَجِّ الْمُنْدُورِ، وَلَوْ تَرَكَ الْمَشْيَ بِعُذْرٍ، وَقَعَ الْحَجُّ عَنْ نَذَرِهِ.

وَإِنْ تَرَكَ بِغَيْرِ عُذْرٍ، فَقَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: وَقَعَ، فَفِي لُزُومِ دَمِ الشَّاةِ لِلْجُبْرَانِ وَجِهَانِ^(٣).

وَقِيلَ: إِنْ تَرَكَ بِعُذْرٍ أَيْضًا، يَلْزَمُهُ الْجُبْرَانُ.

وَلَوْ تَرَكَ بَعْضَ الطَّرِيقِ، وَمَشَى فِي بَعْضٍ، فَالْتَّصُّ أَنَّهُ إِذَا عَادَ لِلْقَضَاءِ، رَكِبَ حَيْثُ مَشَى، وَمَشَى حَيْثُ رَكِبَ.

وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ الْمَشْيُ فِي الْجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: أَحْبَبُّ عَامِي هَذَا، فَتَعَدَّرَ لِمَرَضٍ، فَفِي لُزُومِ الْقَضَاءِ خِلَافٌ (و)، وَإِنْ تَعَدَّرَ بِإِخْصَارٍ، فَلَا قَضَاءَ.

(النُّوعُ الثَّلَاثُ: إِثْنَانِ الْمَسَاجِدِ)، فَإِذَا نَذَرَ إِثْنَانِ (ح) مَسْجِدٍ، لَمْ يَلْزَمَهُ (ح) إِلَّا الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ، وَمَسْجِدُ الْمَدِينَةِ، وَمَسْجِدُ إِبِلْيَاءَ، وَفِيهِمَا قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ (ح)، وَجَبَ أَنْ يُضَيَّفَ إِلَيْهَا عِبَادَةٌ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَكَفَى مُجَرَّدُ الْإِثْنَانِ؛ عَلَى قَوْلٍ^(٤).

(١) قال الرافعي: «وله الركوب بعد أحد التحللين على الأظهر» الصحيح أنه ليس له الركوب إلا بعد التحللين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولوفاته الحج أو فسد لزمه لقاء البيت، وفي جواز الركوب وجهان» فيه قولان مشهوران. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن قلنا: وقع ففي لزوم دم شاة للجبران وجهان»، قيل: قولان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وجب أن يضيف إليه عبادة على قول، وكفى مجرد الإتيان على قول» المشهور من الخلاف فيه الوجه. [ت]

وَأِنْ قُلْنَا: لَا بُدَّ مِنْ عِبَادَةٍ قَلِيلَ: تَجِبُ صَلَاةٌ، وَلَوْ رُكْعَةً.

وَقِيلَ: بَلَى أَغْتِكَافٌ.

وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا.

وَأِنْ كَانَ النَّذْرُ لِإِثْنَيْنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، فَالْعُمْرَةُ وَالْحَجُّ أَخْصَصُ بِهِ مِنَ الْأَغْتِكَافِ وَالصَّلَاةِ، فَيُجْزَى ذَلِكَ.

لَكِنْ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ النَّذْرَ يُحْمَلُ عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٍ، فَإِذَا نَذَرَ إِثْنَانِ الْمَسْجِدِ، لَزِمَهُ حَجٌّ أَوْ عُمْرَةٌ.

وَأِنْ قُلْنَا: لَا يُحْمَلُ، فَيَلْزِمُهُ إِحْرَامٌ لِدُخُولِ مَكَّةَ؛ عَلَى قَوْلٍ.

فَإِنْ لَمْ نَرِ ذَلِكَ، فَهُوَ كَمَسْجِدِ الْمَدِينَةِ.

وَلَوْ قَالَ: آتَى عَرَفَةَ، لَمْ يَلْزِمُهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحِلِّ.

وَلَوْ قَالَ: آتَى مَسْجِدَ الْخَيْفِ (ح)، فَهُوَ كَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَرَمِ؛ وَكَذَلِكَ سَائِرُ أَجْزَاءِ الْحَرَمِ.

وَلَوْ قَالَ: آتَى مَكَّةَ، لَمْ يَلْزِمُهُ شَيْءٌ، إِلَّا إِذَا قَصَدَ الْحَجَّ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: آتَى بَيْتَ اللَّهِ، فَإِنْ

جَمَعَ الْمَسَاجِدَ بَيْتَ اللَّهِ، وَلَوْ نَذَرَ الصَّلَاةَ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، لَزِمَهُ (ح)، وَإِنْ عَيَّنَ مَسْجِدًا، لَمْ يَلْزِمُهُ إِلَّا الْمَسَاجِدُ الثَّلَاثَةُ؛ فَإِنَّهَا تَتَعَيَّنُ لِلصَّلَاةِ.

وَقِيلَ فِي تَعْيِينِهَا قَوْلَانِ، وَلَوْ نَذَرَ الْمَشْيَ إِلَى مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ، أَوْ مَسْجِدِ بَيْتِ الْمَقْدِسِ، فَهُوَ

كَتَنْذِرِ الْمَشْيِ مِنْ دُورَةِ أَهْلِهِ قَبْلَ الْإِحْرَامِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ صَلَاةً فِي الْكَعْبَةِ، جَازَ الصَّلَاةُ فِي جَوَانِبِ الْمَسْجِدِ.

(التَّوْبَةُ الرَّابِعُ: فِي الصَّحَايَا وَالْهَدَايَا)، وَلَوْ نَذَرَ التَّقَرُّبَ بِسَوْقِ شَاةٍ إِلَى مَكَّةَ، لَزِمَهُ الذَّبْحُ بِمَكَّةَ،

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَلْزِمُهُ التَّفَرُّقَةُ أَيْضًا بِمَكَّةَ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ لَفْظَ الصَّحِيَّةِ وَالْقُرْبَةِ، بَلَى قَالَ: عَلَيَّ ذَبْحُ شَاةٍ

بِمَكَّةَ، فَفِي اللُّزُومِ وَجْهَانِ، فَإِنْ أَصَافَ إِلَى بَلَدَةٍ أُخْرَى، فَأَوَّلَى بِأَلَا يَلْزَمُ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ

أُضْحِيَ بِنَيْسَابُورَ، فَعَلَى وَجْهِ: يَلْزِمُهُ الذَّبْحُ وَالتَّفَرُّقَةُ بِهَا.

وَعَلَى وَجْهِ: يَلْزِمُهُ التَّفَرُّقَةُ بِهَا دُونَ الذَّبْحِ.

وَعَلَى وَجْهِ: لَا يَتَعَيَّنُ لَا الذَّبْحُ، وَلَا التَّفَرُّقَةُ.

وَهُوَ مِثْلُ الْخِلَافِ فِي تَعْيِينِ الْفَقِيرِ الصَّدَقَةَ بِالنَّذْرِ.

وَإِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضْحِيَ بِبَدَنَةٍ، فَهَلْ يَقُومُ مَقَامَهَا سَبْعُ مِنَ الْغَنَمِ أَوْ بَقَرَةٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: إِنْ عُدِمَتْ، جَازَ، وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ نَذَرَ دَرَاهِمَ، فَلَا يَتَصَدَّقُ بِجِنْسٍ آخَرَ.

وَإِذَا ذَكَرَ فِي النَّذْرِ لَفْظَ الضَّحِيَّةِ، فَلَا يُجْزِئُهُ إِلَّا الشَّيْءُ مِنَ الْإِبِلِ، وَهُوَ مَا يُجْزَى فِي الضَّحِيَّةِ
سَلِيمًا مِنَ الْعُيُوبِ، وَلَوْ نَذَرَ هَذِيًّا، فَعَلَى قَوْلٍ يَكْفِيهِ كُلُّ مَا يُسَمَّى مَنَحَةً، وَلَا يَجِبُ تَبْلِيغُهُ مَكَّةَ.
وَعَلَى قَوْلٍ: عَلَيْهِ مَا يُجْزَى فِي الضَّحِيَّةِ، وَيَلْزَمُهُ (و) تَبْلِيغُ الْحَرَمِ.
وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يُهْدِيَ ظَبْيَةً إِلَى مَكَّةَ، لَزِمَهُ (و) التَّبْلِيغُ، وَيَتَصَدَّقُ بِهَا حَيَّةً، وَلَا تُذْبَحُ.
وَلَوْ نَذَرَ ذَلِكَ فِي بَعِيرٍ مَعِيْبٍ، فَفِي ذَبْحِهِ وَجْهَانِ.
وَلَوْ نَذَرَ فِي مَالٍ نَقَلَهُ إِلَى مَكَّةَ؛ فَإِنْ كَانَ عَقَارًا، أَوْ مَا يَتَعَدَّرُ نَقْلُهُ، بَاعَ، وَفَرَّقَ قِيَمَتَهُ بِمَكَّةَ،
وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَكَّةَ لَا تَتَعَيَّنُ لِلصَّوْمِ فِي النَّذْرِ، وَإِنْ تَعَيَّنَتْ لِلصَّدَقَةِ وَالصَّلَاةِ.
وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَسْتُرَ الْكَعْبَةَ، أَوْ أَطْيِبَهَا، لَزِمَهُ، وَيَجُوزُ سَتْرُ الْكَعْبَةِ بِالْحَرِيرِ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ
عَلَى الرِّجَالِ فَقَطْ، وَفِي نَذْرِ تَطْيِيبِ مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ وَالْمَسْجِدِ الْأَقْصَى تَرَدُّدٌ.

(كِتَابُ آدَبِ الْقَضَاءِ، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ:)

(الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي التَّوَلِيَةِ وَالْعَزْلِ، وَفِيهِ فَصْلَانِ:)

(الْأَوَّلُ فِي التَّوَلِيَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الْأَوَّلَى): أَنَّ الْقَضَاءَ وَالْإِمَامَةَ فَرَضٌ عَلَى الْكَفَايَةِ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مَصَالِحِ الْعِبَادِ، لَكِنْ فِيهِ خَطَرٌ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَدِّمَ عَلَيْهِ إِلَّا مَنْ وَثِقَ بِنَفْسِهِ، وَأَخَذَهُ بِغَيْرِ سُؤَالٍ حَسَنٍ، وَأَخَذَهُ بِطَلَبٍ فِيهِ كَرَاهِيَةٌ، وَلَكِنْ إِنْ تَعَيَّنَ لِلْوِلَايَةِ، وَلَمْ يَصْلُحْ غَيْرُهُ، وَجَبَ الطَّلَبُ، وَإِنْ خَافَ عَلَى نَفْسِهِ الْخِيَانَةَ، لَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ الْخِيَانَةِ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ أَصْلَحُ مِنْهُ، حَرَّمَ الطَّلَبُ، فَإِنْ قُلِدَ، فَفِي أَنْعِقَادِ الْإِمَامَةِ لِلْمَفْضُولِ خِلَافٌ، وَفِي الْقَضَاءِ تَرَدُّدٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ مِثْلُهُ، جَارَ الْقَبُولُ، وَكَرِهَ الطَّلَبُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى رِزْقٍ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ دُونَهُ، وَقُلْنَا: لَا يَنْعَقِدُ لِلْمَفْضُولِ، وَجَبَ الطَّلَبُ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْعَقِدُ، لَمْ يَجِبْ، وَجَارَ، وَفِي وَجُوبِ الْقَبُولِ، إِذَا قُلِدَ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ لَا يَجِبُ الطَّلَبُ، فَإِنَّمَا يُبَاحُ الْقَبُولُ، وَالطَّلَبُ، إِذَا لَمْ يَخَفْ عَلَى نَفْسِهِ الْخِيَانَةَ، فَإِنْ خَافَ، فَلْيَخْذَرْ.

(الثَّانِيَةُ) لَا بُدَّ لِلْقَاضِي مِنْ صِفَاتٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ حُرّاً ذَكَراً مُجْتَهِداً (ح) بَصِيراً (م) ر) عَدلاً بَالِغاً؛ فَلَا يَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ وَالْأَعْمَى وَالصَّبِيِّ وَالْفَاسِقِ وَالْجَاهِلِ (ح) وَالْمُقَلَّدِ، بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَقِيلَ بِالْأَجْتِهَادِ، وَالَّذِي يَجْتَهِدُ فِي مَذْهَبِ أَحَدِ الْأَيْمَةِ لَهُ الْفَتْوَى؛ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَكُونُ مُقَلِّداً لِلْإِمَامِ الْمَيِّتِ، وَلَا يَنْتَسِبُ لِلْقَضَاءِ، هَذَا هُوَ الْأَصْلُ، فَإِنْ تَعَذَّرَتِ الشُّرُوطُ، وَغَلَبَ عَلَى الْوِلَايَاتِ مُتَعَلِّبُونَ فَسَقَةٌ، فَكُلُّ مَنْ وَلَّاهُ صَاحِبُ شَوْكَةٍ، نَفَذَ حُكْمَهُ لِلضَّرُورَةِ، كَمَا يَنْفُذُ حُكْمُ الْبُعَاةِ، وَإِنْ لَمْ يَضُدُّ عَنْ رَأْيِ الْإِمَامِ، وَالظَّاهِرِ (و) أَنَّ قَضَاءَ الْأُمَمِ الَّذِي لَا يَكْتُبُ جَائِزٌ.

(الثَّلَاثَةُ) إِذَا نَهَى الْقَاضِي عَنِ الْأَسْتِخْلَافِ، لَمْ يَسْتَخْلَفْ، وَإِنْ أَطْلَقَ التَّوَلِيَةَ، فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ، وَفِي الثَّلَاثِ يَسْتَخْلَفُ، إِنْ اتَّسَعَتِ الْخُطَةُ، وَإِلَّا فَلَا^(١)، وَيُسْتَرْطُ فِي الْخَلِيفَةِ صِفَاتُ الْقَضَاءِ، إِلَّا إِذَا لَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ إِلَّا سَمَاعَ شَهَادَةٍ، وَنَقْلٍ، فَلَا يُسْتَرْطُ إِلَّا عَلَى ذَلِكَ الْقَدْرِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرْطَ عَلَى النَّائِبِ الْحُكْمَ بِخِلَافِ أَجْتِهَادِهِ، أَوْ بِخِلَافِ مُعْتَقَدِ صَاحِبِهِ، إِذَا جَوَزْنَا تَوَلِيَةَ الْمُقَلَّدِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ نَصَّبَ فِي الْبَلَدِ قَاضِيَيْنِ، كُلُّ وَاحِدٍ يَخْتَصُّ بِطَرَفٍ، جَارَ، وَإِنْ شَرَطَ اتِّفَاقُهُمَا فِي كُلِّ حُكْمٍ، لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ أَثْبَتَ الْأَسْتِغْلَالَ لِكُلِّ وَاحِدٍ، فَوَجْهَانِ، ثُمَّ إِذَا تَنَازَعَ الْحُضَمَانِ فِي الْأَخْتِيَارِ، أَوْ أَرَادَحَمَ مُتَدَاعِيَانِ، فَالْقُرْعَةُ.

(١) قال الراغب: «وإن أطلق التولية ففيه ثلاثة أوجه وفي الثالث يستخلف إن اتسعت الخطه، وإلا فلا» فيه إثبات وجهين مطلقين في الحالتين، وهما فيما إذا لم يتسع مشهوران، فأما إذا اتسعت، وتعذر عليه القيام بالكل فلا يكاد يوجد لغيره حكاية الخلاف، وإنما الذي ذكره جواز الاستخلاف. [ت]

(الخامسة): التَّحْكِيمُ جَائِزٌ؛ عَلَى أضعفِ الْقَوْلَيْنِ^(١) فِي الْأَمْوَالِ.

وَفِي النِّكَاحِ خِلَافٌ مُرْتَبِّ، وَأَوَّلَى بِالْمَنْعِ.

وَفِي الْعُقُوبَاتِ أَوَّلَى بِالْمَنْعِ مِنَ النِّكَاحِ.

فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ قَاضٍ، فَهُوَ أَبْعَدُ.

ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا، فَلَيْسَ (و) لَهُ الْحَبْسُ، وَاسْتِيفَاءُ الْعُقُوبَةِ، وَلَا يَنْفَعُ (و) حُكْمُهُ عَلَى غَيْرِ الْمُتَرَاضِينَ؛ حَتَّى لَا يَضْرِبَ دِيَةَ الْخَطَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّاضِي بِحُكْمِهِ.

وَهَلْ يَجِبُ اسْتِثْنَاءُ الرِّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ لِنَفُوذِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٢).

(الفضل الثاني: فِي الْعَزْلِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأولى): أَنَّ طَرَيَانَ الْجُنُونِ وَالْعَمَى وَالتَّنْسِيَانِ يُوجِبُ الْأَنْعَزَالَ، وَكَذَا طَرَيَانَ الْفِسْقِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ جُنَّ، ثُمَّ أَفَاقَ، عَادَتْ وَلَايَتُهُ؛ عَلَى أضعفِ الْوَجْهَيْنِ.

(الثانية) يَجُوزُ الْعَزْلُ عِنْدَ ظُهُورِ خَلَلٍ، وَيَجُوزُ بَمَنْ هُوَ أَفْضَلُ مِنْ غَيْرِ خَلَلٍ، وَبِمِثْلِهِ وَمَنْ دُونَهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا لِمُضْلِحَةٍ، لَكِنْ إِنْ فَعَلَ، نَقَذَ لِلْمُضْلِحَةِ وَطَاعَةِ السُّلْطَانِ.

وَهَلْ يَفُتُّ الْأَنْعَزَالَ عَلَى بُلُوغِ الْخَبَرِ؟ قِيلَ: هُوَ كَالْوَكِيلِ.

وَقِيلَ: يُقْطَعُ بَأَنَّهُ لَا يَنْعَزَلُ، لِلضَّرَرِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا قَرَأَتْ كِتَابِي، فَأَنْتَ مَعْرُوفٌ، أَنْعَزَلْ، إِذَا قُرِئَ عَلَيْهِ، وَلَا يَنْعَزَلُ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ، وَيَنْعَزَلُ بِأَنْعَزَالِهِ كُلُّ مَاذُونٍ فِي شُغْلٍ مَعَيَّنٍ، وَفِي نَائِيهِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ خِلَافٌ، وَالْقَضَاءُ لَا يَنْعَزِلُونَ بِمَوْتِ الْإِمَامِ وَأَنْعَزَالِهِ لِلضَّرَرِ.

(الثالثة) لَوْ قَالَ بَعْدَ الْعَزْلِ: قَضَيْتُ بِكَذَا، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَوْ شَهِدَ مَعَ عَدْلٍ، إِنَّ هَذَا قَضَى بِهِ قَاضٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ نَفْسَهُ، فَوَجْهَانِ، وَقَبْلَ الْعَزْلِ يُقْبَلُ (م) قَوْلُهُ بِغَيْرِ حُجَّةٍ.

(الرابعة): لَوْ أَدْعَى عَلَى مَعْرُوفٍ رَشْوَةً، أَخْضَرَهُ الْقَاضِي، وَفَصَلَ الْخُصُومَةَ، وَكَذَا إِنْ قَالَ: أَخَذَ الْمَالَ مِنِّي بِشَهَادَةِ عَبْدَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْأَخْذَ، فَبِإِسْمَاعِ الدَّعْوَى وَجْهَانِ؛ إِذْ فِي وَجُوبِ الْغَرَمِ عَلَى الْقَاضِي خِلَافٌ (و)^(٣)، إِذَا لَمْ يَأْخُذْ، وَلَوْ قَالَ نَائِبُ الْمَعْرُوفِ: أَخَذْتُ هَذَا الْمَالَ أَجْرَةَ عَمَلِي، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَعْرُوفُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَهَلْ يَكْفِيهِ يَمِينُهُ فِي مِقْدَارِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ؟ فِيهِ

(١) قال الرافعي: «التحكيم جائز على أضعف القولين» قال المعظم: هو أقوى القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: وهل يجب استئناف الرضا بعد الحكم لنفوذه، فيه وجهان قيل قولان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وان لم يذكر الأخذ، وذكر الحكم عليه، ففي سماع الدعوى وجهان إذ في وجوب الغرم على القاضي خلاف» أي بالحكم بشهادة العبدین، ومن في معناهما، والذي أورده معظم الأصحاب أن الدعوى مسموعة لا محالة، وذكروا وجهين في أنه هل يحضر ليجيب عن الدعوى أولا يحضر إلا بينة؟ [ت]

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي جَامِعِ آدَابِ الْقَضَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ:)

(الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِي آدَابِ مُتَفَرِّقَةٍ، وَهِيَ عَشْرَةُ آدَابٍ:

(الْأَدَبُ الْأَوَّلُ): أَنْ يُسَبِّحَ الْوَلَايَةَ قَبْلَ قُدُومِهِ، فَإِنْ قَدِمَ مِنْ غَيْرِ إِشَاعَةٍ وَلَا كِتَابٍ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ كِتَابٌ مِنْ غَيْرِ شَاهِدَيْنِ، فَفِي لُزُومِ الطَّاعَةِ بِمُجَرَّدِهِ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ تَظْهَرُ أَمَارَةُ التَّلْيِيسِ يَجُوزُ التَّوَقُّفُ لَا مَحَالَةَ.

(الثَّانِي): أَنَّهُ كَمَا قَدَّمَ يُقْتَضَى عَنِ الْمَخْبُوسِينَ، فَيُطْلَقُ كُلُّ مَنْ حُسِبَ بَظْلَمٍ، أَوْ فِي تَغْزِيرٍ، وَمَنْ أَقَرَّ بِالْحَقِّ، رُدَّ إِلَى الْحَبْسِ، وَمَنْ قَالَ: أَنَا مَظْلُومٌ، أُطْلِقَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ حَضَرَ خَصْمُهُ، فَلَيْسَتْ أَنْفِ الْخُصُومَةِ، وَلَيُقِيمَ الْحُجَّةُ عَلَى أَنَّ الْقَاضِي الْمَضْرُوفَ حَكَمَ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ، وَإِنْ قَالَ الْمَخْبُوسُ: لَا أَذْرِي، لَمْ حُسِبَتْ، نُودِيَ عَلَيْهِ فِي طَلَبِ خَصْمِهِ، فَإِنْ لَمْ يَخْضَرْ، أُطْلِقَ، وَإِنْ ذَكَرَ خَصْماً غَائِباً، وَزَعَمَ أَنَّهُ مَظْلُومٌ فإِطْلَاقُهُ أَوَّلَى، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُطْلَقُ، فَيُرَاقَبُ، وَلَا يُخْلَى، وَلَا يُخْبَسُ إِلَى أَنْ يَخْضَرَ خَصْمُهُ. وَيُكْتَبُ إِلَى خَصْمِهِ، لِيُعَجِّلَ، فَإِنْ لَمْ يُعَجِّلَ، أُطْلِقَ، وَإِذَا فَرَّغَ مِنَ الْمَخْبُوسِينَ، نَظَرَ فِي الْأَوْصِيَاءِ وَمَالِ الْأَطْفَالِ؛ إِذْ لَا رَافِعَ لَوْ قَاتِلِهِمْ إِلَيْهِ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَتَرَوَى بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَرْتِيبِ الْكَاتِبِ، وَالْمُرَكَّبِ وَالْمُتَرْجِمِ، وَلْيَكُنِ الْكَاتِبُ عَدَلاً عَاقِلاً عَافِياً عَنِ الْمَطَامِعِ، وَيُسْتَرْطَ الْعَدَدُ فِي الْمُرَكَّبِ وَالْمُتَرْجِمِ، دُونَ الْكَاتِبِ، وَفِي عَدَدِ الْمُسْمِعِ، إِذَا كَانَ بِالْقَاضِي صَمٌّ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٌ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْخَصْمُ أَصَمًّا، فَيَعْجَزَ عَنِ الْإِنْكَارِ، لَوْ غَيْرَ الْمُسْمِعِ، فَإِنْ شَرَطَ الْعَدَدُ، فَفِي اشْتِرَاطِ لَفْظِ الشَّهَادَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يُشْتَرْطَ، فَفِي اعْتِبَارِ الْحُرِّيَّةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ طَلَبَ الْمُسْمِعُ أَجْرَةً، فَهَلْ يَجِبُ فِي مَالِ صَاحِبِ الْحَقِّ؟ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَّخِذَ لِلْقَضَاءِ مَجْلِساً رَفِيعاً فَسِيحاً، لَا يَتَأَذَّى فِيهِ بِبَزْدٍ وَلَا حَرٍّ، فَيَمَلَّ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَتَّخِذَ الْمَسْجِدَ مَجْلِساً لِلْقَضَاءِ، فَتَرْفَعَ فِيهِ الْأَصْوَاتُ، وَلَا يُكْرَهُ فَضْلُ قَضَايَا مُتَفَرِّقَةٍ فِي الْمَسْجِدِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَتَّخِذَ بَوَّاباً وَحَاجِباً؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْخَامِسُ): لَا يَقْضِي فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ، وَحَالَهُ يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْغَضَبُ فِيهَا، أَوْ يَذْهَبُ عَنْ تَمَامِ الْفِكْرِ، وَمَا يَحْكُمُ بِهِ، فَيَكْتُبُ بِهِ مَخْضَراً دِيوَانِيّاً يَحْفَظُهُ فِي خَرِيطَةٍ مَخْتُومَةٍ؛ حَتَّى لَا يَنْسَى، وَيُعْطِيَ صَاحِبَ الْحَقِّ مِنْهُ نُسْخَةً أُخْرَى، وَهَلْ يَجِبُ ذَلِكَ، إِنْ طَلَبَهُ صَاحِبُ الْحَقِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الْسَّادِسُ): أَنْ يَخْرُجَ بَعْدَ اجْتِمَاعِ الْفُقَهَاءِ، وَيُسَاوِرُهُمْ؛ لِتَنْتِفِي الثُّمَّةِ.

(السَّابِعُ) أَلَّا يَشْتَرِيَ بِنَفْسِهِ، وَلَا بِوَكِيلٍ مَعْرُوفٍ؛ حَتَّى لَا يُسَامَحَ فِي الْبَيْعِ.

وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً مِمَّنْ لَهُ خُصُومَةٌ، فَإِنْ قَبِلَهَا، فَهُوَ سُخْتٌ، وَفِي دُخُولِهِ فِي مِلْكِهِ وَجْهَانِ، وَمَنْ لَا خُصُومَةَ لَهُ، فَلَا يَخْرُومُ أَخْذَهُ، وَالْأَوَّلَى أَلَّا يَأْخُذَ أَوْ يُبَيِّعَ عَلَيْهِ، إِنْ أَخْذَ.

(الثامن): أَلَا يُعَزَّرُ مَنْ أَسَاءَ أَدَبُهُ فِي مَجْلِسِهِ إِلَّا بَعْدَ الزَّخْرِ بِاللِّسَانِ وَالْإِصْرَارِ، فَإِنْ ظَهَرَ كَذِبُ الشَّاهِدِ، عَزَّرَهُ عَلَى الْمَلَأِ وَنَادَى عَلَيْهِ.

(التاسع): لَا يَقْضِي لَوْلَدِهِ، وَلَا عَلَى عَدُوِّهِ، بَلْ يُجِبِلُ عَلَى غَيْرِهِ، فَإِنْ قَضَى بِنَفْسِهِ، فَبِئْسَ التَّقْوُذُ وَجْهَانِ، فَإِنْ مَتَمَّنَّا قَضَاءَهُ، فَبِئْسَ نَائِيهِ وَجْهَانِ، وَوَصِيَّ الْيَتِيمِ، إِذَا وَلِيَ الْقَضَاءَ، قَضَى لِلْيَتِيمِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ.

(العاشر): أَلَا يَنْقُضُ قَضَاءَ نَفْسِهِ وَقَضَاءَ غَيْرِهِ، إِلَّا إِذَا خَالَفَ أَمْرًا مَقْطُوعًا بِهِ، أَوْ مَظْنُونًا بِخَبَرٍ وَاحِدٍ، أَوْ بِقِيَاسٍ جَلِيٍّ، وَلَمْ يَنْقُضْ عُمَرُ قَضَاءَهُ، فِي مَسْأَلَةِ الْمُشْرَكَةِ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْقُضُ قَضَاءَ مَنْ حَكَمَ بِنِكَاحِ الْمَقْهُودِ زَوْجَهَا بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ، مَعَ أَنَّهُ مَذْهَبُ عُمَرُ، وَيَنْقُضُ قَضَاءَ الْحَنْفِيِّ فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ، وَالْعَرَايَا^(١)، وَذَكَاءَ الْجَنِينِ؛ لِظُهُورِ الْخَبَرِ، وَفِي الْقَتْلِ بِالْمُتَقَلِّ؛ لِظُهُورِ الْقِيَاسِ، وَإِذَا لَمْ يَنْقُدِ فِي نَفْسِهِ إِمَّاكَانَ الصَّوَابِ أَنْفِدَاحًا لَهُ وَقَعَ مَا، فَلَهُ النِّقْضُ، ثُمَّ الْحُكْمُ عِنْدَ اللَّهِ فِي الْبَاطِنِ لَا يَتَغَيَّرُ (ح)، وَلَا يَحِلُّ لِلشَّفْعَوِيِّ شَفْعَةُ الْجَارِ، وَإِنْ قَضَى بِهَا لَهُ الْحَنْفِيُّ^(٢)، وَلَكِنَّ الْقَاضِيَّ لَا يَمْنَعُهُ مِنَ الطَّلَبِ، اعْتِمَادًا عَلَى اعْتِقَادِ نَفْسِهِ.

(الفصل الثاني: فِي مُسْتَنَدِ قَضَائِهِ)، وَإِنَّمَا يَقْضِي بِالْحُجَّةِ، وَلَا يَقْضِي بِعِلْمِهِ؛ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ^(٣)، لَكِنْ إِنْ عَلِمَ فُسُقَ الشَّاهِدِ أَوْ كَذِبَهُ، تَوَقَّفَ عَنِ الْقَضَاءِ، وَيُغْنِيهِ عِلْمُهُ بِعَدَالَةِ الشُّهُودِ عَنِ الْمُزَكِّينَ، وَيَقْضِي عَلَى مَنْ أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ دُونَ مَنْ أَقَرَّ عِنْدَهُ سِرًّا، وَلَا يَكْفِي شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَعَ عِلْمِهِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَمَّا الْحَطُّ، فَلَا يَعْتَمِدُهُ الشَّاهِدُ، وَلَا الْقَاضِي، إِذَا لَمْ يَتَذَكَّرْ لِإِمَّاكَانِ التَّزْوِيرِ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْحَطُّ مَحْفُوظًا عِنْدَهُ، وَأَمِنَ التَّخْرِيفَ، فَهَذَا يُسَلِّطُ عَلَى رَوَايَةِ الْحَدِيثِ، وَهَلْ يُسَلِّطُ عَلَى الْحُكْمِ وَالشَّهَادَةِ؟ الْمَشْهُورُ؛ أَنَّهُ لَا يُسَلِّطُ، وَفِيهِ وَجْهٌ.

وَلَيْسَ لِلْمُحَدَّثِ الرُّوَايَةُ مَعَ اِحْتِمَالِ التَّخْرِيفِ وَالْغَلَطِ، وَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ؛ اعْتِمَادًا عَلَى خَطِّ أَبِيهِ، إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ، وَلَوْ شَهِدَ عِنْدَ الْقَاضِي شَاهِدَانِ بِقَضَائِهِ، وَلَمْ يَتَذَكَّرْ، لَمْ يَقْضِ بِهِ، وَالْمُحَدَّثُ يُحَدِّثُ عَمَّنْ أَخْبَرَهُ بِحَدِيثِهِ، فَيَقُولُ: حَدَّثَنِي فُلَانٌ. عَنِّي، وَلِقَاضٍ آخَرَ أَنْ يَقْضِيَ بِالشَّاهِدَيْنِ عَلَى قَضَائِهِ، إِنْ لَمْ يُكَذِّبْهُمَا، وَمَنْ أَدْعَى عَلَيْهِ؛ أَنَّهُ قَضَى لَهُ، فَأَنْكَرَ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّخْلِيفُ؛ كَمَا لَا يُخْلَفُ الشَّاهِدُ.

(الفصل الثالث: فِي التَّسْوِيَةِ): وَلَيْسَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي الْقِيَامِ وَالتَّنْظَرِ وَجَوَابِ السَّلَامِ وَأَنْوَاعِ الْإِكْرَامِ، وَلَهُ أَنْ يَرْفَعَ الْمُسْلِمَ عَلَى الذَّمِّ فِي الْمَجْلِسِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يَقُولُ: مَنْ الْمُدَّعِي

(١) قال الرافعي: «وينقض قضاء الحنفي في خيار المجلس والعرايا» هذا وجه من الأصحاب من ذهب إلى منع النقض، ورجحه مرجحون. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يحل للشفعوي شفعة الجار إن قضى بها له الحنفي» هذا وجه، ورجح جماعة من الأصحاب منهم صاحب «التهذيب» الحل وقالوا: ينفذ قضاؤه في محل الاختلاف ظاهراً أو باطناً. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولا يقضي بعلمه على أصح القولين» الأصح عند عامة الأصحاب أنه يقضي. [ت]

مِنْكُمْ، فَإِذَا أَدْعَى، طَالَبَ الثَّانِي بِالْجَوَابِ، فَإِنْ أَقْرَأَ، ثَبَتَ الْحَقُّ مِنْ غَيْرِ قَوْلِهِ: «قَضَيْتُ»؛ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِنْ أَنْكَرَ، قَالَ لِلْمُدَّعِي: أَلَمْ يَبَيِّنْ؟ فَإِنْ قَالَ: لَا يَبَيِّنْ لِي، ثُمَّ جَاءَ بِبَيِّنَةٍ، سُمِعَتْ، عَلَى أَظْهَرِ الْوُجْهِينَ، فَلَعَلَّهُ تَذَكَّرَ، فَإِنْ تَرَاحَمَ الْمُدَّعُونَ، قُدِّمَ السَّابِقُ، فَإِنْ تَسَاوَا، أُفْرِغَ بَيْنَهُمْ، وَلَا يُقَدَّمُ لِشَرْفٍ إِلَّا الْمُسَافِرُ الْمُسْتَوْفِرُ، وَالْمَرْأَةُ، فَيُقَدِّمُهُمَا إِنْ رَأَى فِيهِ مَضْلَحَةً، وَكَذَلِكَ يَفْعَلُ الْمُفْتِي وَالْمُدْرُسُ عِنْدَ التَّرَاحُمِ، ثُمَّ السَّابِقُ بِالْقُرْعَةِ يَنْقَعُ بِخُصُومَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَا يَزِيدُ، وَإِنْ اتَّحَدَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَلَوْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَى الدَّعْوَى، فَقَالَ الْآخَرُ: كُنْتُ أَنَا الْمُدَّعِي، لَمْ يَنْفَعْنِي، بَلْ يُجِيبُ أَوَّلًا، ثُمَّ يَدَّعِي، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَخْضَرَ وَلَا يَمَ الْخَضَمَتَيْنِ، وَلَا بَأْسَ بِوَلِيْمَةٍ غَيْرِهِمَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ هُوَ الْمَقْصُودَ بِالْدَّعْوَةِ.

(الْفَضْلُ الرَّابِعُ فِي التَّرْكِيبِ) وَيَجِبُ عَلَى الْقَاضِي الْأَسْتِزْكَاءُ، مَهْمَا شَكَّ وَإِنْ سَكَتَ الْخَضَمُ إِلَّا أَنْ يُقَرَّرَ الْخَضَمُ بَعْدَ التَّحَمُّلِ، وَلِيَكْتُبَ إِلَى الْمُزَكِّينَ أَسْمَ الشَّاهِدِينَ وَالْخَضَمَتَيْنِ، فَلَعَلَّهُ يَعْرِفُ بَيْنَهُمْ عَدَاوَةً.

وَقِيلَ: يَكْتُبُ قَدْرَ الْمَالِ أَيْضًا، فَرُبَّمَا يَغْدِلُ فِي الْيَسِيرِ دُونَ الْكَثِيرِ.

وَقِيلَ: الْعَدَالَةُ لَا تَنْجَرُّ.

وَصِفَةُ الْمُزَكِّي كَصِفَةِ الشَّاهِدِ، لَكِنْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ خَيْرًا بِطَائِنٍ مَنْ يُعَدِّلُهُ بِصُخْبَةٍ مَعَهُ، وَلَا يَغْتَمِدُ فِي الْجَرْحِ إِلَّا الْعِيَانُ.

وَلَهُ أَنْ يَخْكُمَ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، إِنْ نَصَّبَ حَاكِمًا فِي التَّعْدِيلِ، وَيَجِبُ أَنْ يُشَافِيَ الْقَاضِي بِهِ، وَيَأْتِي بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ، فَيَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّهُ عَدْلٌ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ، فَرُبَّ عَدْلٍ مُعَقَّلٍ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَلَا تَكْفِي الرُّفْعَةُ مَعَ شَهَادَةِ رَسُولَيْنِ عَدْلَيْنِ، وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجَرْحِ دُونَ التَّعْدِيلِ، فَإِنْ أَرْتَابَ الْقَاضِي بَعْدَ التَّرْكِيبِ لِتَوَهُمٍ غَلِطَ الشَّاهِدُ، فَلْيَبْحَثْ وَلْيَسْأَلْ عَنِ التَّفْصِيلِ^(١)، فَرُبَّمَا يَخْتَلِفُ كَلَامُ الشَّاهِدِ، فَإِنْ أَصَرَ عَلَى إِعَادَةِ الْكَلَامِ الْأَوَّلِ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَعَلَى الْقَاضِي الْحُكْمُ بَعْدَ الْبَحْثِ، وَإِنْ بَقِيَتِ الرُّبُوبَةُ، وَبَيَّنَّتْ الْجَرْحُ تَقَدُّمَ عَلَى بَيِّنَةِ التَّعْدِيلِ، وَقَوْلُ الْوَاحِدِ فِي الْجَرْحِ لَا يُقَابِلُ بَيِّنَةَ التَّعْدِيلِ، وَلَا يَجُوزُ الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ بِالتَّسَامُعِ، وَإِنْ شَهِدَ مَرَّةً أُخْرَى، رَجَعَ الْمُزَكِّي ثَانِيًا إِنْ طَالَ الزَّمَانُ.

(الْبَابُ الثَّلَاثُ: فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ)

وَهُوَ نَافِذٌ (ح و)، وَيَتَعَلَّقُ النَّظَرُ بِأَرْكَانٍ:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الدَّعْوَى)، وَلِيَكُنْ مَعْلُومًا، أَعْنِي جِنْسَ الْمَالِ وَقَدْرَهُ، وَصَرِيحًا، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنِّي مُطَالِبٌ بِهِ، وَلَا يَكْفِي قَوْلُهُ: لِي عَلَيْهِ كَذَا، وَلِيَكُنْ مَعَهُ بَيِّنَةٌ، وَيَدَّعِي جُحُودَ الْغَائِبِ، وَإِنْ

(١) قال الرافعي: «إِنْ أَرْتَابَ الْقَاضِي بَعْدَ التَّرْكِيبِ لِتَوَهُمٍ الشَّاهِدِ فَلْيَبْحَثْ وَلْيَسْأَلْ عَنِ التَّفْصِيلِ» فِيهِ أَمْرٌ بِالْبَحْثِ وَالْإِسْتِفْصَالِ بَعْدَ التَّرْكِيبِ وَالْأَظْهَرُ مَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ وَغَيْرُهُمْ أَنَّهُ يَقْدَمُ الْبَحْثُ وَالْإِسْتِفْصَالُ عَلَى الْإِسْتِرْجَاعِ. [ت]

أَقَرَّ بِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ، لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِجُحُودِهِ، فَوَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمُدَّعِي)، وَيُحْلِفُهُ الْقَاضِي بَعْدَ الْبَيِّنَةِ عَلَى عَدَمِ الْإِبْرَاءِ وَالْإِسْتِيفَاءِ وَالْإِعْتِيَاظِ^(١)، وَيَجِبُ ذَلِكَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الدَّعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مُجْنُونٍ أَوْ مَيِّتٍ، وَجَبَ؛ وَجْهًا وَاحِدًا^(٢)، وَلَا يَجِبُ التَّعَرُّضُ فِي الْيَمِينِ؛ لِصِدْقِ الشُّهُودِ، وَإِنْ أَدَّعَى وَكَيْلُهُ عَلَى الْغَائِبِ، فَلَا يُمَكِّنُ الْيَمِينَ، وَيُسَلِّمُ الْحَقَّ، بَلْ لَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْحَاضِرُ لَوْكَيْلُ الْمُدَّعِي: أَتَرَأَيْ مُوَكَّلَكَ الْغَائِبِ، لَمْ يَنْفَعَهُ بَلْ يُسَلِّمُ الْمَالَ، ثُمَّ يُثْبِتُ الْإِبْرَاءَ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: كَيْفِيَّةُ إِنْهَاءِ الْحُكْمِ إِلَى الْقَاضِي الْآخَرِ)، وَذَلِكَ بِأَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى تَفْصِيلِ حُكْمِهِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ ذَلِكَ فِي كِتَابٍ مَخْتُومٍ، وَالْإِعْتِمَادُ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَلَوْ شَهِدَ بِخِلَافِ مَا فِي الْكِتَابِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ الْقَاضِي: أَشْهَدْتُكُمَا عَلَى أَنَّ مَا فِي الْكِتَابِ خَطِيٌّ، لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ، فَلَوْ قَالَ: مَا فِي الْكِتَابِ حُكْمِي، فَلَا ظَهْرَ أَنَّهُ لَا يَكْفِي، مَا لَمْ يُفَضَّلْ لَهُمَا مَا حَكَمَ بِهِ، وَلَوْ قَالَ الْمُقَرُّ: أَشْهَدْتُكَ عَلَى مَا فِي الْقَبَالَةِ، وَأَنَا عَالِمٌ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي حَتَّى إِذَا حَفِظَ الشَّاهِدُ الْقَبَالََةَ، أَوْ مَا فِيهَا، وَشَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ، جَازَ؛ إِذِ الْإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ صَحِيحٌ، ثُمَّ لِلشَّاهِدِ عَلَى الْحُكْمِ أَنْ يَشْهَدَ عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَعِنْدَ غَيْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكْتُبْ (ح) الْقَاضِي فِي كِتَابِهِ، أَنَّهُ إِلَى مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنَ الْقَضَاءِ، وَكَذَلِكَ يَشْهَدُ (ح)، وَإِنْ مَاتَ الْكَاتِبُ وَالْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، وَلَيْكُنْ عَدَالَةُ شُهُودِ الْكِتَابِ وَخَتْمُهُ ظَاهِرَةً عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَلَا يَكْفِي تَعْدِيلُهُمَا فِي ذَلِكَ الْكِتَابِ الَّذِي كُتِبَ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتَيْهِمَا، وَلِيُذَكَّرَ فِي الْكِتَابِ أَسْمُ الْمَخْكُومِ عَلَيْهِ وَأَسْمُ أَبِيهِ وَجَدُّهُ وَحَلِيتُهُ، بِحَيْثُ يَتِمِّيزُ بِهِ، وَإِنْ أَدَّعَى الْمَأْخُودُ، أَنَّ فِي الْبَلَدِ مَنْ يَشَارِكُهُ فِي تِلْكَ الصِّفَاتِ، وَأَظْهَرَهُ، أَنْصَرَفَ الْقَضَاءُ عَنْهُ، وَإِنْ أَنْكَرَ كَوْنَهُ مُسَمًّى بِذَلِكَ الْأَسْمِ، حَلَفَ، وَأَنْصَرَفَ عَنْهُ الْقَضَاءُ، وَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَ الْمُدَّعِي، تَوَجَّهَ الْحُكْمُ، فَإِنْ لَمْ يَخْلِفْ عَلَى نَفْيِ الْأَسْمِ، بَلْ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزُمُهُ شَيْءٌ، لَمْ يَقْبَلْ، وَلَوْ قَصَرَ الْقَاضِي، فَلَمْ يَكْتُبْ إِلَّا أُنِّي حَكَمْتُ عَلَى مُحَمَّدٍ بْنِ أَحْمَدَ، فَالْحُكْمُ بَاطِلٌ، حَتَّى لَوْ أَقَرَّ رَجُلٌ، أَنَّهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ، وَأَنَّهُ الْمَعْنِيُّ بِالْكِتَابِ، وَلَكِنَّهُ أَنْكَرَ الْحَقَّ لَا يَلْزُمُهُ شَيْءٌ (و) بِالْقَضَاءِ الْمُبْهَمِ فِي نَفْسِهِ، أَمَّا الْكِتَابُ الْمَجْرُودُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ عَلَى الْحُكْمِ، فَلَا أَثَرُ لَهُ (م و)، وَلَوْ شَافَهُ الْقَاضِي الْآخَرَ، لَمْ يَكْفِ؛ لِأَنَّ السَّمْعَ وَالْمُسْمِعَ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ؛ فَلَا يَصِحُّ سَمَاعُهُ وَلَا يَصِحُّ إِسْمَاعُهُ إِلَّا إِذَا جَوَّزْنَا قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدَةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ تَنَادَيَا مِنْ طَرَفَيْنِ وَلَايَتَيْهِمَا، فَذَلِكَ أَقْوَى مِنَ الشَّهَادَةِ، فَيُعْتَمَدُ، أَمَّا إِذَا كَانَ الْمُسْمِعُ فِي مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ دُونَ السَّمْعِ، فَزَجَعَ السَّمْعُ إِلَى مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ، وَحَكَمَ بِهِ، صَحَّ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَقْضِي بَعْلَمِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ كَشَهَادَةٍ يَسْمَعُهَا فِي غَيْرِ وَلَايَتِهِ، فَلَا يَصِحُّ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا قَضَى عَلَى الْغَائِبِ، أَمَّا لَوْ أَقْتَصَرَ عَلَى سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ، وَكَتَبَ إِلَى قَاضِيٍ آخَرَ؛ حَتَّى يَقْضِي، جَازَ مَهْمَا

(١) قال الرافعي: «ويحلفه القاضي بعد البينة على عدم الإبراء والاستيفاء والاعتياض ويجب ذلك على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن كان الدعوى على صبي أو مجنون أو ميت وجب وجهاً واحداً الظاهر طرد الخلاف، وإن كان التحليف في هذه الصورة أولى. [ت]

ذَكَرَ اسْمَ شُهُودِ الْوَاقِعَةِ، وَعَلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ أَنْ يَبْحَثَ عَنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ، وَكَأَنَّ الْأَوَّلَ نَابَ عَنْهُ فِي سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ فَقَطْ، فَعَلَيْهِ التَّعْدِيلُ وَالْحُكْمُ، فَإِنْ كَتَبَ الْأَوَّلُ عَدَالَتَهُمَا، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ، جَازَ أَنْ يَعْتَمِدَهُ، إِذَا رَأَى ذَلِكَ^(١)، ثُمَّ الْخَضَمُ إِنْ أَدْعَى جَرْحاً، فَلْيُظْهِرْهُ بِشَاهِدَيْنِ، وَيُمْهَلُ ثَلَاثَةُ (و) أَيَّامٍ، وَإِنْ قَالَ: لَا أَتَمَكَّنُ مِنْ جَرْحِهِمْ إِلَّا فِي بِلَادِهِمْ، فَلَا يُمَكَّنُ مِنْهُ، بَلْ يُسَلِّمُ الْمَالَ، ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ الْجَرْحُ، اسْتَرْدَّ.

(فَرَعَ): لَوْ كَانَ فِي الْبَلَدِ قَاضِيَانِ، وَجَوَزْنَا ذَلِكَ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ سَمِعْتُ الْبَيِّنَةَ، فَأَقْضِ، فَجَوَّزَ الْقَضَاءُ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ ذَلِكَ نَقْلٌ لِلشَّهَادَةِ أَوْ حُكْمٌ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ نَقْلٌ، فَكَيْفَ يُقْبَلُ مَعَ حُضُورِ الْأَصْلِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ حُكْمٌ^(٢)، وَلَوْ كَانَ نَقْلاً، لَمَا أَكْتَفَى، بِقَوْلِ وَاحِدٍ عِنْدَ الْغَيْبَةِ، لَكِنَّهُ حُكْمٌ بِقِيَامِ الْبَيِّنَةِ فَقَطْ.

(الرُّكْنُ: الزَّائِعُ الْمَخْكُومُ بِهِ)، وَذَلِكَ لَا يَخْفَى فِي الدِّينِ وَالْعَقَارِ الَّذِي يُمَكِّنُ تَعْرِيفَهُ بِالْحَدِّ، أَمَّا الْعَبْدُ وَالْفَرَسُ وَمَا يَتَمَيَّزُ بِعَلَامَةٍ، فَإِنْ كَانَ غَائِباً، فَفِي الْحُكْمِ عَلَى غَيْبَتِهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: ^(٣)
(أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَجُوزُ (ح و) التَّعْرِيفُ بِالْحَلِيَّةِ؛ كَالْمَخْكُومِ عَلَيْهِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ كَالْكِرْبَاسِ وَسَائِرِ الْأَمْتَعَةِ، فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِقِيَمَتِهِ، وَيَجِبُ ذِكْرُ الْقِيَمَةِ وَلَا يَجِبُ ذِكْرُ الصِّفَاتِ، وَلَا بَأْسَ لَوْ ذَكَرَهَا فِي الْكِتَابِ، أَمَّا قِيَمَةُ الْعَقَارِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ لَا يَجِبُ ذِكْرُ قِيَمَتِهِ؛ عَلَى الْأَصَحِّ.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ، وَلَا يَقْضِي، بَلْ يَكْتُبُ بِالسَّمَاعِ إِلَى الْقَاضِي الْآخَرِ، وَفَائِدَتُهُ أَنْ يُسَلِّمَ عَيْنَ الْعَبْدِ الْمَوْصُوفِ إِلَيْهِ لِيَحْمِلَهُ إِلَى بَلَدِ الشُّهُودِ؛ لِيُعَيِّنُوهُ بِالْإِشَارَةِ، وَيَلْزِمُوهُ كَفِيلٌ بِالْبَدَنِ؛

(١) قال الرافعي: «فإن كتب الأول عدالتهم وأشهد عليه جاز أن يعتمد إن رأى ذلك» ظاهره يقتضي جواز البحث والاستزكاء للثاني، والقياس أن يأخذ بذلك التعديل؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة إن كان حكماً بقيام البينة، فلا حاجة إلى البحث، وعليه الأخذ بقوله: قامت عندي بينة عادلة، وإن كان نقلاً للشهادة، فشاهد الفرع إذا زكى شاهد الأصل، وهو في أهل التعديل كفر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «لو كان في البلد قاضيان، وجوزنا ذلك فقال أحدهما للآخر: سمعت البينة فاقض إلى قوله والظاهر أنه حكم» اختار الإمام وصاحب الكتاب أن إنهاء الحال إلى القاضي الآخر حكم بقيام البينة فيجوز للقاضي الآخر الحكم، وعامة الأصحاب منعوا منه، وكان إنهاء الحال إلى القاضي الآخر عندهم نقل لشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول، ولا يجوز الحكم بشهادة الفروع مع حضور الأصول. [ت]
وقال أيضاً: «فقال أحدهما للآخر: سمعت البينة فاقض» كلمة «فاقض» ليست بشرط في صورة المسألة، بل إذا جوزنا القضاء للآخر كفى قوله: سمعت البينة [ت]

(٣) قال الرافعي: «أما العبد والفرس وما يتميز بعلامة فإن كان غائباً ففي الحكم على غيبته ثلاثة أقوال... إلى آخرها» أي في الحكم وسماع البينة اتبع في هذا الإمام حيث قال: ما يمكن تعريفه بالصفات والحلي كالرقيق والدواب فيه الأقوال الثلاثة، وما لا يمكن للكثرة أمثاله كالكرباس، فلا ترتب الدعوى والحكم بعينها، بل بالقيمة، وعامة الأصحاب لم يفرقوا، وقالوا: جميع المنقولات إذا كانت عامة على الأقوال الثلاثة. [ت]

لِيَأْخُذَ الْعَبْدَ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ.

وَفِي وَجْهِ: لَا يَكْفِي ذَلِكَ، بَلْ يَلْزِمُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْعَبْدَ، وَيَضْمَنَ عَنْهُ الثَّمَنَ صَامِنٌ.
فَإِنْ ثَبَتَ مِلْكُهُ فِيهِ، بَانَ بَطْلَانُ الشَّرَاءِ.

وَفِي وَجْهِ: يَلْزِمُ تَسْلِيمَ الْقِيَمَةِ، فِي الْحَالِ^(١)؛ لِلْخِلُولَةِ، ثُمَّ يَسْتَرِدُّ لَوْ ثَبَتَ مِلْكُهُ.

أَمَّا إِذَا كَانَ الْمَخْكُومُ عَلَيْهِ حَاضِرًا، وَالْعَبْدُ حَاضِرًا، وَلَمْ يَخْضُرْهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، طُولَبَ بِإِخْضَارِهِ بَعْدَ قِيَامِ الْحُجَّةِ عَلَى الصِّفَةِ^(٢)، وَإِنْ عَرَفَ الْقَاضِي الْعَبْدَ، حَكَمَ بِهِ دُونَ الْإِخْضَارِ، وَإِنْ أَنْكَرَ وَجُودَ مِثْلِ هَذَا الْعَبْدِ فِي يَدِهِ، فَعَلَى الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ أَقَامَ أَوْ حَلَفَ بَعْدَ نُكُولٍ، اسْتَفَادَ بِهِ حَبْسَهُ إِلَى أَنْ يُخْضِرَهُ وَيَتَخَلَّدَ عَلَيْهِ الْحَبْسُ، فَلَا يَتَخَلَّصُ إِلَّا بِإِخْضَارِهِ أَوْ دَعْوَى التَّلْفِ؛ حَتَّى تُقْبَلَ مِنْهُ الْقِيَمَةُ، وَتُقْبَلَ دَعْوَى التَّلْفِ لِلضَّرُورَةِ؛ كَيْلَا يَتَخَلَّدَ الْحَبْسُ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِهِ هَذَا الْعَبْدَ الْمَوْصُوفُ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ، بَطَلَ الدَّعْوَى، فَسَبِيلُ الْمُدَّعِي، إِذَا عَلِمَ؛ أَنَّهُ يَخْلِفُ - أَنْ يَحْوَلَ الدَّعْوَى إِلَى الْقِيَمَةِ؛ فَإِنْ ذَلِكَ يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الصِّفَةِ.

فَلَوْ قَالَ: أَدَّعِي عَبْدًا قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ، فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّ الْعَيْنَ أَوْ الْقِيَمَةَ، فَبِهِ صِحَّةُ الدَّعْوَى مَعَ التَّرَدُّ وَجْهَانِ، وَأَصْطَلَحَ الْقَضَاءُ عَلَى قُبُولِهَا لِلْحَاجَةِ.

(فَرْعٌ): لَوْ أَخْضَرَ الْعَبْدَ الْغَائِبَ، فَلَمْ يَثْبُتْ مِلْكُ الْمُدَّعِي، فَعَلَيْهِ مُؤَنَّةُ الْإِخْضَارِ، وَمُؤَنَّةُ الرُّدِّ، وَلَا يُغَرَّمُ مِنْفَعَةُ الْعَبْدِ الَّتِي تَعَطَّلَتْ؛ كَمَا لَا يُغَرَّمُ مِنْفَعَةُ الْمَخْكُومِ عَلَيْهِ، وَيُخْتَمَلُ هَذَا لِلْحَاجَةِ.

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ: الْمَخْكُومُ عَلَيْهِ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ غَائِبًا (و) فَوْقَ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يَجُوزُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ دُونَ حُضُورِهِ، وَإِنْ تَوَارَى أَوْ تَعَذَّرَ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ كَالْغَائِبِ، وَمَهْمَا غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْعَدْوَى، وَلَمْ يَكُنْ فِي مَوْضِعِهِ حَاكِمٌ، جَازَ لِلْقَاضِي إِخْضَارُهُ، وَلَكِنْ بَعْدَ إِقَامَةِ (و) الْبَيِّنَةِ، أَمَّا بِمَجَرَّدِ الدَّعْوَى، فَلَا، وَإِنْ كَانَ لِلْغَائِبِ مَالٌ فِي الْبَلَدِ، وَجَبَ التَّوْفِيقُ مِنْهُ، وَهَلْ يُطَالَبُ بِكَفِيلٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فُرُوعٌ):

(الْأَوَّلُ): فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ فِي الْعُقُوبَاتِ قَوْلَانِ، وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي،

(١) قال الرافعي: «ويلزمه كفيل بالبدن إلى قوله وفي وجه يلزم تسليم القيمة في الحال» وقوله في وجه لا يكفي ذلك - المشهور من هذا الخلاف القول لا الوجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: أما إذا كان المحكوم عليه حاضراً، أو العبد حاضراً ولم يحضر المدعى عليه طوبى بإحضاره بعد قيام الحجة على الصفة. هذا التقييد غير مساعد عليه، بل يجب إحضاره قبل البينة على الصفة، ومهما غاب إلى مسافة العدوى، ولم يكن في موضعه حاكم جاز للقاضي إحضاره، ولكن بعد قيام البينة، ووجه بأنه قد لا يكون له حجة فيتضرر المطلوب بالإحضار ولم يتعرض الأكثرون لذلك ولكن قالوا: يبحث القاضي عن دعواه، وعن جهتها، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده القاضي كالذمي يريد مطالبة المسلم بضمان الخمر. [ت]

وَلَا الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي عُقُوبَةٍ؛ عَلَى قَوْلِي، وَفِي الْقِصَاصِ أَوْلَى بِالْقَبُولِ مِنَ الْحُدُودِ.

(الثَّانِي): لَوْ غُزِلَ الْقَاضِي بَعْدَ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ، ثُمَّ وُلِّيَ، وَجَبَ الْأَسْتِعَادَةُ، وَلَوْ خَرَجَ مِنْ وَلَايَتِهِ ثُمَّ عَادَ، فَفِي الْأَسْتِعَادَةِ وَجْهَانِ.

(الثَّالِثُ): الْمُخَدَّرَةُ لَا تَحْضُرُ مَجْلِسَ الْحُكْمِ لِلتَّخْلِيفِ، بَلْ يَنْعَثُ إِلَيْهَا الْقَاضِي مَنْ يُحْلِفُهَا. وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يَلْزَمُهَا الْحُضُورُ.

وَقِيلَ: الْمُخَدَّرَةُ هِيَ الَّتِي لَا تَخْرُجُ أَضْلاً إِلَّا لِلضَّرُورَةِ.

وَقِيلَ: هِيَ الَّتِي لَا تَخْرُجُ إِلَى الْحَمَّامِ، وَإِلَى الْعَزَاءِ وَالزِّيَارَاتِ إِلَّا نَادِراً.

(الرَّابِعُ): لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَزُوجَ أَمْرَأَةً خَارِجَةً عَنْ مَحَلِّ وَلَايَتِهِ إِلَّا إِذَا دَخَلَتْ وَلَايَتَهُ، وَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ حَاضِرٍ لِيَتِيمٍ غَائِبٍ عَنْ وَلَايَتِهِ، لَكِنْ إِذَا أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ؛ كَمَا يَفْعَلُ فِي مَالِ كُلِّ غَائِبٍ، فَهَلْ لَهُ نَضْبُ الْقِيمِ فِي ذَلِكَ الْمَالِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

(الْبَابُ الرَّابِعُ: فِي الْقِسْمَةِ)

وَهِيَ إِنْ كَانَتْ بِالْإِجْبَارِ، فَهَلْ يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ فِي الْقَاسِمِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَالْمُقَوِّمُ يُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ، وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِالتَّقْوِيمِ بِبَصِيرَةٍ نَفْسِهِ، وَإِنْ قُلْنَا يَقْضِي بِعِلْمِهِ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ تَحْمِينٍ، وَيَحْكُمُ بِالْعَدَالَةِ بِبَصِيرَةٍ نَفْسِهِ^(١).

وَأَجْرَةُ الْقِسَامِ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ، أَوْ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ؛ كَالشُّفْعَةِ. وَقِيلَ: إِنَّهُ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ قَطْعاً.

وَإِذَا كَانَ الْقِسَامُ يُقْسَمُ بِرِضَا الشَّرَكَاءِ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِأَسْتِجَارِهِ؛ فَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مَا سَمَى فِي الْإِجَارَةِ، وَتَجِبُ فِي حِصَّةِ الطِّفْلِ، إِذَا طُولَبَ بِالْقِسْمَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غِنَظَةٌ، لَكِنَّ الْقِيمَ لَا يَطْلُبُ الْقِسْمَةَ إِلَّا عِنْدَ الْغِنَظَةِ.

(وَأَعْلَمَ) أَنَّ الْإِجْبَارَ إِذَا يَجْرِي فِي قِسْمَةِ الْإِفْرَازِ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ قَابِلاً لِلْقِسْمَةِ إِلَى أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةِ الصِّفَاتِ، وَيَنْقُى الْاِئْتِفَاعُ؛ كَذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، أَوْ كَالْكِرْبَاسِ وَالْأَرْضِ.

(وَكَيْفِيَّةُ قِسْمَةِ الْأَرْضِ) أَنْ تُقَسَّمَ بِالْأَجْزَاءِ بِحَسَبِ أَقْلِ الْأَجْزَاءِ، فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ لَوَاحِدٍ نَصْفُهَا، وَآخَرَ ثُلُثُهَا، وَآخَرَ سُدُسُهَا، قَسَمَ بِسِتِّ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْمِسَاحَةِ، وَيَكْتَبُ أَسَامِيَ (و) الْمُلَّاكِ عَلَى ثَلَاثِ رِقَاعٍ، وَيُذَرِّجُهَا فِي بَنَادِقٍ مُتَسَاوِيَةٍ يُخْرِجُهَا مَنْ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ، وَيَقِفُ الْقِسَامُ عَلَى طَرَفِ الْأَرْضِ، فَإِذَا خَرَجَ مَثَلاً أَسْمُ صَاحِبِ التُّصْفِ، سَلَّمَ إِلَيْهِ الْجُزْءَ الْأَوَّلَ وَمَا يَلِيهِ إِلَى تَمَامِ

(١) قال الرافعي: «ويحكم في العدالة ببصيرة نفسه» هذا مذكور في فصل مستند القضاء، وقال أيضاً: «وليس للقاضي أن يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه... إلى آخره» هذه طريقة، والأشبه أنه على الخلاف في القضاء بالعلم. [ت]

النَّصْفِ، ثُمَّ يَخْرُجُ اسْمُ الْآخَرِ كَذَلِكَ، أَمَّا الطَّاحُونَةُ وَالْحَمَّامُ وَمَا لَا يَبْقَى مُنْتَفَعاً بِهِ، لَا يُجْبَرُ فِيهَا عَلَى الْقِسْمَةِ، وَلَوْ مَلَكَ مِنْ دَارٍ عَشْرًا لَا يَضْلُجُ لِلْمَسْكَنِ، لَوْ أَفْرَزَ، فَطَلَبَ الْقِسْمَةَ، فَلَا يُجَابُ (ح م)؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و) وَلَوْ طَلَبَ صَاحِبُهُ، لَزِمَتْهُ الْإِجَابَةُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، فَإِنْ كَانَ الْحَمَّامُ كَبِيرًا، يَبْقَى الْمُنْتَفَعَةُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ إِنْ أُخِذَتْ مُسْتَوْقَدٌ وَبَثْرٌ، فَفِي الْإِجْبَارِ وَجْهَانِ.

(فَرَعُ): إِذَا أَدْعَى غَلَطًا فِي قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ، لَمْ يُسْمَعْ عَلَى قَسَامِ الْقَاضِي دَعْوَاهُ، وَلَا تَتَوَجَّهَ الْيَمِينُ، لَكِنْ إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ، أُعِيدَتِ الْقِسْمَةُ، وَإِنْ كَانَ قِسْمَةُ التَّرَاضِي، وَقُلْنَا: إِنَّهُ يَبِيعُ، وَجَرَى لَفْظُ مِلْكٍ، فَلَا يَنْفَعُهُ الْغَلَطُ، بَلْ هُوَ كَالْعَبْنِ؛ لَا يُوجِبُ التَّقْضُ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ، أَنَّهُ يُنْقَضُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِفْرَازٌ، فَتَوَجَّهَ الْيَمِينُ، وَيُنْقَضُ عِنْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ، وَلَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ بَعْدَ قِسْمَةِ التَّرَكَّةِ، نُقِضَتْ إِلَّا إِذَا وَقُوا بِالْأَدْيَنِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَتَبَيَّنُ الْبُطْلَانُ بِكُلِّ حَالٍ.

وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَالِ شَائِعًا، انْتَقَضَ فِي الْمُسْتَحَقِّ دُونَ الْبَاقِي.

وَقِيلَ: يُنْتَقَضُ؛ لِتَفَرُّقِ الصِّفَةِ.

(أَمَّا قِسْمَةُ التَّعْدِيلِ:) فِي الْإِجْبَارِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ، وَهُوَ أَنْ يُخْلَفَ عَلَى ثَلَاثَةِ بَيْنِينَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدٍ مُتَسَاوِي الْقِيَمَةِ، أَوْ عَبْدًا وَطَاحُونَةً وَحَمَّامًا، أَوْ أَقِمَشَةً يُمْكِنُ تَعْدِيلُ سِهَامِهَا بِالْقِيَمَةِ، أَمَّا إِذَا خَلَفَ قَطَعَ أَرْضٍ يَقْبَلُ قِسْمَةَ الْإِفْرَازِ، فَلَا يُجْبَرُ فِيهَا عَلَى قِسْمَةِ التَّعْدِيلِ أَضْلًا.

وَلَوْ كَانَ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ عَرَصَةٌ، وَالثُّلُثُ بِالمِسَاحَةِ، نُصِفَ بِالْقِيَمَةِ؛ لِقُرْبِهِ مِنَ الْمَاءِ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى ذَلِكَ.

وَالدَّارُ الْمُخْتَلِفَةُ الْأَبْنِيَّةُ مِنْ جُمْلَةِ قِسْمَةِ التَّعْدِيلِ، وَاللِّبَنَاتُ الْمُخْتَلِفَةُ الْقَوَالِبِ كَذَلِكَ، فَإِنْ تَسَاوَتِ الْقَوَالِبُ، فَيُجْبَرُ.

(أَمَّا قِسْمَةُ الرَّدِّ،) وَهُوَ أَنْ يُخْلَفَ عَبْدَيْنِ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا أَلْفٌ، وَقِيَمَةُ الْآخَرِ سِتْمِائَةٌ، فَلَوْ رَدَّ أَخَذَ النَّفِيسَ مِائَتَيْنِ، اسْتَوَيَا، وَلَا إِجْبَارَ عَلَى هَذَا أَضْلًا، وَلَوْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالْخَسِيرِ، وَخُمْسِ النَّفِيسِ، لِتَزُولِ الشَّرِكَةُ عَنْ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ، اسْتَوَيَا، وَلَكِنْ الظَّاهِرُ، أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَضْلُ الشَّرِكَةِ قَائِمٌ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَقِسْمَةِ التَّعْدِيلِ.

ثُمَّ قِسْمَةُ الْمُشَاهَبَاتِ يَبِيعُ أَوْ إِفْرَازُ حَقٌّ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ قِسْمَةَ التَّعْدِيلِ يَبِيعُ.

وَقِيلَ قَوْلَانِ.

ثُمَّ يَجِبُ الرِّضَا حَيْثُ لَا يُجْبَرُ، وَيَكْفِي قَوْلُهُ: رَضِيتُ، بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ، وَالرِّضَا قَبْلَهُ، هَلْ يَكْفِي؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: رَضِيتُ، مَا لَمْ يَقُلْ: رَضِيتُ بِالْقِسْمَةِ، أَوْ قَاسَمْتُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَبِيعُ.

فَزَعَانِ:

الْأَوَّلُ: الْقَنَاءُ وَالْحَمَامُ وَمَا لَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ تَجْرِي فِيهَا الْمَهَابَةُ، وَلَكِنْ لَا يُجْبَرُ (و) عَلَيْهَا، وَلَا تَلْزَمُ، بَلْ لَهُ الرُّجُوعُ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ فِي الْحَالِ، أَمْ يَصْبِرُ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ نَوْبَهُ، ثُمَّ يَرْجِعَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(١)، فَإِنْ جَوَّزْنَا، غُرْمَ قِيَمَةِ مَا اسْتَوْفَاهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الشُّرَكَاءُ، وَأَصْرُوا، تَرَكْنَاهُمْ، وَلَمْ نَبْغِ عَلَيْهِمْ.

(الثَّانِي) لَوْ تَقَدَّمَ جَمَاعَةٌ، وَالتَّمَسُّوا الْقِسْمَةَ مِنَ الْقَاضِي، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمْ عَلَى الْمَلِكِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يَجِبُ، وَيَكْتُبُ؛ أَنَّهُ قُسِمَ بِقَوْلِهِمْ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ لَا يَجِبُ (ح) بِغَيْرِ حُجَّةٍ.

(١) قال الرافعي: «القناة والحمام وما لا يقبل القسمة تجري فيها المهابة... إلى قوله: وجهان» قضيته إثبات وجهين في الرجوع بعد استيفاء التوبة مع الحكم بنفي الإجماع في الابتداء، والأشهر الاقتصار على بناء وجهي الرجوع على الوجهين في الإجماع على المهابة... ابتداء. [ت]

(كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، وَفِيهِ أَبْوَابُ سِتَّةَ:)

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِيمَا يُفِيدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ)

وَهِيَ التَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ كَافِرٍ مُضِلًّا، وَلَا عَلَى كَافِرٍ، وَوَرَاءَ هَذِهِ ثَلَاثُ صِفَاتٍ:

(الأولى: العَدَالَةُ)، وَمَنْ يُقَدِّمُ عَلَى كَبِيرَةٍ أَوْ يُصِرُّ عَلَى صَغِيرَةٍ فَهُوَ فَاسِقٌ؛ لَا تُقْبَلُ (ح) شَهَادَتُهُ، وَأَمَّا الْإِلْمَامُ بِكَذِبِهِ أَوْ غَيْبِهِ أَوْ صَغِيرَةٍ، جَرَى عَنْ هَفْوَةٍ، أَوْ فِتْرَةٍ، مَعَ اسْتِشْعَارِ نَدَمٍ وَخَوْفٍ، فَلَا تُبْطَلُ الثَّقَةُ، وَاللَّعِبُ بِالشَّطْرَنْجِ (ح م و) وَالْحَمَامِ (ح م) وَسَمَاعُ (و) الْغِنَاءِ وَالرَّقْصِ (و) وَنَظْمُ الشُّعْرِ الَّذِي لَا هَجْوَ فِيهِ وَلَا فُخْشٍ وَلَا تَنْشِيبَ بِأَمْرَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَسَمَاعُ الدُّفِّ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ (و) جَلَّاجِلٌ؛ وَكَذَا سَمَاعُ الطَّبْلِ إِلَّا طَبْلَ الْمُخَنِّثِينَ، كُلُّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَرَامٍ، لَكِنَّ الْمُواظَبَةَ عَلَيْهَا قَدْ تَحْرِمُ الْمَرْوَةَ فِي حَقِّ بَعْضِ النَّاسِ، فَيَقْدَحُ، وَأَمَّا التَّرُدُّ (ح و) وَسَمَاعُ الْأَوْتَارِ وَالْمِزْمَارِ الْعِرَاقِيِّ وَمَا هُوَ شِعَارُ الشَّرْبِ وَنَظْمُ الْهَجْوِ وَإِنْشَادُهُ وَلُبْسُ الْحَرِيرِ وَالْجُلُوسُ عَلَيْهِ وَالتَّخَنُّمُ بِالذَّهَبِ كُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ، وَلَكِنْ لَا تُرَدُّ (و) الشَّهَادَةُ بِالْمَرَّةِ الْوَاحِدَةِ، بَلْ بِالِإِضْرَارِ إِلَّا فِي بَلَدَةٍ يَغْظُمُ عَنْدهُمْ سَمَاعُ الْأَوْتَارِ، وَالْإِقْدَامُ مَرَّةً يُشْعِرُ بِالْأَنْحِلَالِ، وَلَا يَخْلُو الْإِنْسَانُ عَنْ غَيْبَةٍ وَكَذِبٍ وَنَمِيمَةٍ^(١) وَلَعِنَ وَسَفَاهَةٍ فِي غَضَبٍ، فَلَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِسَبِّهَا إِلَّا عِنْدَ الْإِضْرَارِ، وَالنَّصُّ أَنَّ الْحَنْفِيَّ إِذَا شَرِبَ النَّيِّدَ، حُدَّ، وَقِيلَتْ (م) شَهَادَتُهُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يُحَدُّ.

وَوَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ.

(الوصفُ الثاني: المَرْوَةُ)، فَمَنْ يَزْتَكِبُ مَا لَا يَلِيقُ بِأَمْنَالِهِ مِنَ الْمُبَاحَاتِ، بِحَيْثُ يُسَخَّرُ بِهِ؛ كَالْفَقِيهِ يَلْبَسُ الْقَبَاءَ وَالْقَلَنْسُوَّةَ، وَيَأْكُلُ وَيَبُولُ فِي الْأَسْوَاقِ، أَوْ أَكَبَّ عَلَى اللَّعِبِ بِالشَّطْرَنْجِ أَوْ الْحَمَامِ أَوْ الرَّقْصِ أَوْ الْغِنَاءِ، فَكُلُّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي عَقْلِهِ، أَوْ قَلَّةٍ مُبَالَاةٍ فِيهِ، فَتَسْقُطُ الثَّقَةُ بِقَوْلِهِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالْأَشْخَاصِ وَالْأَخْوَالِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ شَهَادَةَ الْكَثَّاسِ وَالِدُّبَاغِ وَالْحَجَّامِ وَالْحَائِكِ وَذَوِي الْجَرْفِ الْخَسِيسَةِ مَقْبُولَةٌ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ صَنْعَةِ آبَائِهِمْ، فَأَمَّا اخْتِيَارُ ذَلِكَ مِمَّنْ لَا يَلِيقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي الْعَقْلِ وَيَحْرِمُ الْمَرْوَةَ.

(الوصفُ الثالث: الْأَنْفِكَاءُ عَنِ الثُّهْمَةِ)، وَلَهَا أَسْبَابُ:

(الأول): أَنْ يَجْرَى إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعًا؛ كَمَنْ يَشْهَدُ؛ أَنَّ فُلَانًا جَرَحَ مُورَّتَهُ، أَوْ يَدْفَعُ

(١) قال الرافي: «وليس يخلو الإنسان عن كذبة وغيبة ونميمة إلى آخره» يعني عنه قوله من قبل: «وأما الإلمام بكذبة أو غيبة أو صغيرة... إلى آخره». [ت]

كَالْعَاقِلَةِ، إِذَا شَهِدَتْ بِفَسْقِ شَهِودِ الْقَتْلِ الْخَطَا، فَلَا يُقْبَلُ، وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لآخرَ لِمُؤَرِّثِهِ الْمَجْرُوحِ أَوْ الْمَرِيضِ، قَبْلَ، وَلَوْ شَهِدَا لِرَجُلَيْنِ بِوَصِيَّةٍ لَهُمَا مِنْ تَرَكَهُ، فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ أَيْضاً بِوَصِيَّةٍ فِيهَا، قِيلَتْ (ح) الشَّهَادَاتُ (ح)؛ وَكَذَا رُفَقَاءُ الْعَاقِلَةِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ.

(الثاني: البغضية)، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ (م)، بَلْ لِلْفُرُوعِ، وَالْأَصُولِ وَكُلٌّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ^(١)، وَتُقْبَلُ (ح م) شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ، عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى زَوْجَتِهِ بِالزَّنا، مَعَ ثَلَاثَةٍ مِنَ الْعَدُولِ، وَتُقْبَلُ عَلَى الْوَلَدِ وَعَلَى الْوَالِدِ (و)، وَإِنْ كَانَتْ (ح) بِعُقُوبَةٍ، وَفِي حَبْسِ الْوَالِدِ بِدَيْنٍ وَلَدِهِ وَجْهَانِ^(٢).

وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لِمُشْتَرِكٍ بَيْنَ وَلَدِهِ وَأَجْنَبِيٍّ، رُدَّ فِي حَقِّ وَلَدِهِ، وَفِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ وَجْهَانِ^(٣)، لَتَبْعِيضِ اللَّفْظِ.

(الثالث: العداوة) فَلَا تُقْبَلُ (ح) عَلَى الْعَدُوِّ، وَتُقْبَلُ لَهُ، وَالْعَدَاوَةُ هِيَ الَّتِي تَظْهَرُ الْغَضَبِ، وَتَحْمِلُ عَلَى الْفَرَحِ بِالمُصِيبَةِ وَالْغَمِّ بِالسُّرُورِ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ لِلصَّدِيقِ وَالْأَخِ، وَتُقْبَلُ (و م) شَهَادَةُ الْمُتَبَدِّعَةِ؛ إِذِ الصَّحِيحُ (و) أَنَّهُمْ لَا يَكْفُرُونَ، وَلَا تُقْبَلُ (و) شَهَادَةُ مَنْ يَطْعُنُ عَلَى الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَيَقْدِفُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا؛ لِأَنَّهَا مُحَصَّنَةٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ.

(الرابع: التغافل) فَرُبَّ عَدْلٍ يَكْثُرُ سَهْوُهُ وَوَهْمُهُ وَلَا يَسْتَقِيمُ تَحْقِظُهُ وَضَبْطُهُ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَحْتَمِلُ الْغَلْطَ.

(الخامس: دَفْعُ عَارِ الْكَذِبِ)، فَمَنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِفَسْقٍ، فَتَابَ، قِيلَتْ شَهَادَتُهُ، إِلَّا إِذَا أَعَادَ تِلْكَ الشَّهَادَةَ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِذَلِكَ عَارَ الْكَذِبِ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ الْمُعَادَةُ مِنَ الْعَبْدِ وَالْكَافِرِ وَالصَّيِّ، إِذَا زَالَ ثَقُصَانُهُمْ، وَهَلْ تُقْبَلُ الْمُعَادَةُ مِنَ الْفَاسِقِ الْمُعْلَنِ وَالْعَدُوِّ وَالسَّيِّدِ إِذَا شَهِدَ لِمَكَاتِبِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(السادس: الجِرْصُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِالمُبَادَرَةِ قَبْلَ الدَّعْوَى، فَلَا تُقْبَلُ، وَبَعْدَ الدَّعْوَى وَقَبْلَ الِاسْتِشْهَادِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ تُقْبَلْ، فَهَلْ يَصِيرُ بِهِ مَجْرُوحاً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ جَلَسَ مُخْتَفِياً فِي رَاوِيَةٍ لِنَحْمِلِ شَهَادَةَ، قِيلَتْ (م و)، وَلَا تُحْمَلُ عَلَى الْجِرْصِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ أَبْتِدَاءً فِيمَا لِلَّهِ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ؛ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ (ح) وَالْخُلْعِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ وَتَخْرِيمِ الرِّضَاعِ، وَاخْتَلَفُوا (و) فِي الْوَقْفِ عَلَى مُتَيْنِ، وَفِي النَّسَبِ، وَفِي شِرَاءِ الْقَرِيبِ الْمُوجِبِ لِلْعَتَقِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَدْوِيِّ عَلَى الْقَرْوِيِّ، وَالْقَرْوِيِّ عَلَى الْبَدْوِيِّ، وَشَهَادَةُ (ح) الْمَخْدُودِ فِي الْقَذْفِ، إِذَا تَابَ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ:

(١) قال الرافعي: «بل للفروع والأصول وكل من يستحق النفقة» يكفي للضبط قوله «بل للأصول والفروع».

[ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي حبس الوالد بدين الولد وجهان» قد سبق هذا في التفليس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو شهد بمال مشترك بين ولده وأجنبي رد في حق ولده وفي حق الأجنبي وجهان» وقيل

قولان. [ت]

ثُبْتُ، وَلَا أَعُوذُ، إِلَّا إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالْكَذِبِ، فَهُوَ فَاسِقٌ يَجِبُ اسْتِيزَاؤُهُ؛ كَكُلِّ فَاسِقٍ، يَقُولُ:
ثُبْتُ؛ فَإِنَّهُ لَا يَصْدَقُ؛ حَتَّى يُسْتَبْرَأَ مَدَّةً، فَيُعْلَمَ بِقَرَأَتِي الْأَحْوَالِ صَلَاحِ سَرِيرَتِهِ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلْقَاضِي
بَعْدَ الْحُكْمِ أَنَّهُ قَضَى بِقَوْلِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَيِّبَيْنِ، نَقَضَ الْحُكْمَ؛ وَإِنْ كَانَ يَقُولُ فَاسِقَيْنِ، نَقَضَ
(ح) أَيْضاً؛ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ بَعْدَ الْحُكْمِ؛ فَلَا يُقَدَّرُ اسْتِيزَاؤُ الْفَاسِقِ إِلَى الْمَاضِي؛ عَلَى
أَصَحِّ (و) الرَّائِيَيْنِ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي الْعَدَدِ وَالذُّكُورَةِ)

وَلَا تُثْبِتُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ إِلَّا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ؛ عَلَى رَأْيِ^(١)، وَلَكِنْ لِلشَّهَادَاتِ ثَلَاثُ مَرَاتِبٍ:
(الْأُولَى: الزَّانَا)، وَيَجِبُ فِيهِ أَرْبَعَةُ عُدُولٍ يَشْهَدُونَ؛ أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا؛ كَالْمَزُودِ فِي
الْمَكْحَلَةِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْعَدْلِ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ قَضَاءً؛ لِتَحْمُلِ الشَّهَادَةِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَزْجِهَ، وَفِي
الثَّلَاثِ: لَا يَجُوزُ فِي شَهَادَةِ الزَّانَا، وَيَجُوزُ فِي عُيُونِ النِّسَاءِ وَغَيْرِهَا، وَهَلْ يَثْبُتُ الْإِقْرَارُ بِالزَّانَا
بِشَاهِدَيْنِ، أَمْ لَا بُدَّ مِنْ أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ لَمْ يُوجِبْ بِاللُّوَاطِ إِلَّا التَّعْزِيرُ، فَهَلْ يُخْتِجُ إِلَى
أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

(الثَّانِيَةُ): مَا عَدَا الزَّانَا مِمَّا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُتَوَلَّى إِلَى مَالٍ؛ كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالطَّلَاقِ وَالْعِنُقِ
وَالْإِسْلَامَ وَالرِّدَّةَ وَالْبُلُوغَ وَالْوِلَادَةَ وَالْعِدَّةَ وَالْجُزْخَ وَالتَّعْدِيلَ وَالْعَفْوَ عَنِ الْقِصَاصِ؛ حَتَّى الْوَصَايَا
وَالْوَكَاةَ؛ فَيَثْبُتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَأَتَيْنِ، أَمَّا مَا لَا يَظْهَرُ لِلرَّجَالِ؛ كَالْوِلَادَةِ وَعُيُوبِ
النِّسَاءِ وَالرِّضَاعِ؛ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلَا تَثْبُتُ الْوِلَادَةُ بِقَوْلِ الْقَابِلَةِ وَخَدَهَا.

(الثَّالِثَةُ: الْأَمْوَالُ)، وَحُقُوقُهَا؛ كَالْأَجَلِ وَالْخِيَارِ وَالشُّفْعَةَ وَالْإِجَارَةَ وَقَتْلَ الْخَطَا وَكُلَّ جُزْخٍ لَا
يُوجِبُ إِلَّا الْمَالَ؛ فَيَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَأَتَيْنِ؛ وَكَذَا فَسَخُ الْعُقُودِ وَقَبْضُ نُجُومِ الْكِتَابَةِ إِلَّا النِّجْمَ الْآخِرَ،
فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ لِتَرْتُبِ الْعِنُقَ عَلَيْهِ.

وَإِذَا شَهِدَ عَلَى السَّرِقَةِ أَوْ الْعَمْدِ رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، ثَبَّتَ الْمَالَ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ الْعُقُوبَةُ^(٣)، وَيَثْبُتُ
مَهْرُ النِّكَاحِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ النِّكَاحُ بِهِ، وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقُهَا عَلَى الْوِلَادَةِ، يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلَا
يَقْعُ الطَّلَاقُ، وَلَوْ ثَبَّتَ عَلَيْهَا الْغَضَبُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَأَمْرَأَتَيْنِ فَقَالَ الزَّوْجُ: إِنْ كُنْتُ غَضَبْتُ، فَأَنْتِ

(١) قال الرافعي: «إلا في هلال رمضان على رأي» المسألة مذكورة في الصوم، واحتاج إلى إعادتها استثناء
عن اعتبار العدد. [ت]

(٢) قال الرافعي: وإن لم يوجب باللواط إلا التعزير فهل يحتاج إلى أربعة؟ فيه قولان المشهور وجهان، إذ
البيئة على السبب بغير تقدم دَعَوَى لَا تُسْمَعُ عَلَى الصَّحِيحِ، والأظهر أنها تقبل. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال» صورة السرقة مذكورة في بابها.
وقال أيضاً: وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال وإن لم تثبت العقوبة» هذا في
السرقة صحيح، وأما في القتل العمد فهو خلاف ما نص عليه الأصحاب، وهو أنه لا يثبت المال كما لا
يثبت القصاص، ولم يذكر في «الوسيط» ما ذكره ها هنا. [ت]

طَائِقٌ، وَقَعَ بِخِلَافٍ مَا لَوْ تَقَدَّمَ التَّغْلِيْقُ.

(فَرَعَ): مَنْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، فَقَبِلَ التَّرَكِّيَّةَ، لَهُ أَنْ يَطْلُبَ الْحَيْلُولَةَ، إِنْ كَانَ الْمَالُ مُشْرِفًا عَلَى الْهَلَاكِ، أَوْ الثَّقَلِ، وَفِي الْعَقَارِ وَجْهَانِ، وَلِلْعَبْدِ طَلَبُ الْحَيْلُولَةِ عِنْدَ إِقَامَةِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْعِنَقِ، وَفِي الْأَمَةِ يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ، وَهَلْ لَهُ طَلَبُ الْحَجَرِ فِي دَعْوَى الدِّينِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ، هَلْ يُنْزَلُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَنْزِلَةَ شَاهِدَيْنِ فِي إِيْجَابِ الْحَيْلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، ثُمَّ إِذَا قُلْنَا بِهِ، فَلَا نَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ الْبَيِّنَةُ، رُفِعَ الْحَيْلُولَةُ.

(الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي مُسْتَقْدَدِ عِلْمِ الشَّاهِدِ)

وَالْأَصْلُ فِيهِ الْيَقِينُ الْوَاضِحُ كَالشَّمْسِ، وَذَلِكَ بِالْإِنْصَارِ الْمُجَرَّدِ فِي الْأَفْعَالِ، وَبِالسَّمْعِ وَالْبَصَرِ جَمِيعًا فِي الْأَقْوَالِ، فَيَقْبَلُ شَهَادَةَ الْأَصَمِّ عَلَى الْأَفْعَالِ، وَلَا يَقْبَلُ شَهَادَةَ الْأَعْمَى عَلَى الْأَقْوَالِ، وَلَا عَلَى زَوْجَتِهِ الَّتِي يَطُوهَا، فَإِنَّ الْأَصْوَاتَ تَنْشَابُهُ إِلَّا أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالْمَقْرُورِ، وَيَجْرُهُ إِلَى الْقَاضِي، فَالْصَّحِيحُ أَنَّهُ يَقْبَلُ، وَفِي رِوَايَةِ الْأَعْمَى وَجْهَانِ، أَمَّا مَا سَمِعَهُ قَبْلَ الْعَمَى، فَيُزَوَّى، بَلْ يَشْهَدُ أَيْضًا عَلَى مَعْرُوفِ النَّسَبِ بِمَا أَبْصَرَهُ قَبْلَ الْعَمَى، وَفِي الْمُتَرْجِمِ الْأَعْمَى وَجْهَانِ، وَالْقَاضِي إِذَا عَمِيَ بَعْدَ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ، فَبِالْقَضَاءِ بِهَا وَجْهَانِ، وَمَنْ لَا يُعْرِفُ نَسَبَهُ، فَلَا بُدَّ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ، فَإِنْ مَاتَ، أُخْضِرَ مَجْلِسَ الْحُكْمِ، فَإِنْ دُفِنَ فَلَا يُنْبَشُ قَبْرُهُ، وَقَدْ تَعَدَّرَتِ الشَّهَادَةُ، وَلَا يَجُوزُ تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَرْأَةِ الْمُتَنَقِّبَةِ إِلَّا أَنْ يُكْشَفَ وَجْهَهَا، وَيُمَيَّزَهَا عِنْدَ الْأَدَاءِ عَنْ أَمْثَالِهَا بِالْإِشَارَةِ وَالْمَعْرِفَةِ الْمُحَقَّقَةِ، وَإِنْ عَرَفَهَا رَجُلَانِ، فَلَا يَشْهَدُ عَلَيْهِمَا، بَلْ عَلَى شَهَادَتِهِمَا؛ بَأَنَّ ثَلَاثَةَ أَقْرَافٍ، وَذَلِكَ عِنْدَ غَيْبَتِهَا؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُمَا، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا لِحَاجَةِ التَّحْقُلِ، وَإِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى عَيْنِهَا بِدَيْنٍ، وَزَعَمَتْ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُسْجَلَ عَلَى بِنْتِ زَيْدٍ، وَإِنْ أَقْرَافُ النَّسَبِ، وَلَا إِنْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، إِذِ الْبَيِّنَةُ عَلَى النَّسَبِ مِنْ غَيْرِ تَقَدُّمِ دَعْوَى لَا يُسْمَعُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَكِنْ لِلْقَاضِي أَنْ يُنْصَبَ مَنْ يَدْعِي عَلَى بِنْتِ زَيْدٍ دَيْنًا، وَتُكْرَهُ هِيَ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَيُقَامُ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهَا بِالنَّسَبِ، ثُمَّ إِذَا ثَبَتَ، سَجَّلَ، وَيَجُوزُ هَذِهِ الْحِيلَةُ لِلْحَاجَةِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّسَامُعِ)، وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ بِالسَّمَاعِ مِنْ قَوْمٍ لَا يَنْحَصِرُونَ عِنْدَ الشَّاهِدِ، فَيَشْهَدُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ رُؤْيَاهُ، وَفِي النَّسَبِ مِنَ الْأُمِّ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ رُؤْيَاهُ، وَالْأَصَحُّ ثُبُوتُهُ، وَاخْتَلَفُوا فِي الْوَلَاءِ وَالْعِنَقِ وَالْوَقْفِ وَالنِّكَاحِ، وَمَا يَقُورُ الطَّبَاقُ عَلَى إِشَاعَتِهِ، أَنَّهُ هَلْ يُلْحَقُ بِالنَّسَبِ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَوْتَ كَالنَّسَبِ، لَا كَالْعِنَقِ، ثُمَّ لَا يَخْضُلُ التَّسَامُعُ بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ، بَلْ مِنْ جَمَاعَةٍ لَا يَجْمَعُهُمْ رَابِطَةُ التَّوَاتُؤِ، إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِمَا، وَلَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى النَّسَبِ؛ بَأَنَّ تَسْمَعَ رَجُلًا يَسْتَخْلِفُ صَبِيًّا أَوْ كَبِيرًا سَاكِتًا لَا يُكْرَهُ.

وَأَمَّا الْمَلِكُ فَإِذَا اجْتَمَعَ فِيهِ الْيَدُ وَالتَّصَرُّفُ وَالتَّسَامُعُ، جَارَتْ الشَّهَادَةُ، فَإِنَّهُ لَا يُبْصَرُ، وَهُوَ مُنْتَهَى الْإِمْكَانِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُجَرَّدَ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ يَكْفِي دُونَ التَّسَامُعِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ مُجَرَّدَ

التَّسَامُعُ لَا يَكْفِي^(١).

ثُمَّ نَغْنِي بِالتَّصَرُّفِ الْبِنَاءَ وَالْهَذَمَ، أَوْ النَّيْعَ وَالرَّهْنَ، وَهُوَ تَصَرُّفُ الْمَلَاكِ.

أَمَّا مُجَرَّدُ الْإِجَارَةِ، وَإِنْ تَكَوَّرَتْ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ إِذْ قَدْ يَصْدُرُ ذَلِكَ مِنْ أَسْتَأْجَرَ مُدَّةً طَوِيلَةً.

وَأَمَّا الْإِغْسَارُ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِخَبْرَةِ الْبَاطِنِ^(٢) وَشَهَادَةِ الْقَرَّائِنِ؛ كَصَبْرِهِ عَلَى الضَّرِّ

وَالْجُوعِ فِي الْخَلْوَةِ.

(الْفَضْلُ الثَّلَاثُ: فِي التَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ)، وَيَجِبُ الْأَدَاءُ عَلَى كُلِّ مُتَعَيِّنٍ لِلشَّهَادَةِ، مُتَحَمِّلٍ لَهَا،

إِذَا دُعِيَ مِنْ دُونِ مَسَافَةِ الْعَدُوِّ، فَإِنْ دُعِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَدُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّنًا، أَوْ لَمْ

يَتَحَمَّلْ قَضَاءً، لَكِنْ وَقَعَ بَصَرُهُ، فَفِي الْوُجُوبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ تَعَيَّنَا، فَأَمْتَنَعَ أَحَدُهُمَا، وَقَالَ: أَخْلَفْتُ

مَعَ الْآخَرِ، أَتَمَّ، وَلَوْ لَمْ يَتَعَيَّنْ، وَأَمْتَنَعَ جَمِيعُهُمْ، أَتَمُّوا وَلَا يَسْتَحِقُّ (و) الشَّاهِدُ أَجْرَةً إِلَّا أَجْرَةَ

الْمَرْكُوبِ، ثُمَّ لَهُ الْأُيُوبُ، وَالْكَاتِبُ يَسْتَحِقُّ (و)، وَالتَّحْمِلُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ،

وَفِي بَنَائِرِ الْمُعَامَلَاتِ وَجْهَانِ، إِذْ يَسْتَغْنِي عَنْهَا أَلَا نَعْقَادُ دُونَ الْإِثْبَاتِ وَكَذَا كِتَابَةُ الصُّكُوكِ مِنْ فُرُوضِ

الْكِفَايَاتِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الْبَابُ الرَّابِعُ فِي الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ)

وَكُلُّ مَا يُنْبِئُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ (ح) يُنْبِئُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، إِلَّا عُيُوبَ النِّسَاءِ وَبَابَهَا، إِلَّا أَنَّ الْأُتُوَّةَ

أَخْتُمَلَتْ فِيهَا لِحَاجَةِ النِّسَاءِ، ثُمَّ الْقَضَاءُ بِالشَّاهِدِ، أَوْ بِالْيَمِينِ، أَوْ بِهِمَا؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَجْزَاءَ، وَيُظْهِرُ أَثَرُهُ

فِي الْعَزْمِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوْ أَدَّعَى عَبْدًا فِي يَدِ غَيْرِهِ؛ أَنَّهُ كَانَ مَلِكُهُ، فَأَعْتَقَهُ فَلَا يَكْفِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ؛

لَأَنَّهُ يُنْبِئُ الْحُرِّيَّةَ دُونَ الْمَلِكِ، وَلَوْ أَدَّعَى فِي جَارِيَةٍ وَلَدَهَا؛ أَنَّهَا مُسْتَوْلَدَةٌ، وَالْوَلَدُ مِنْهُ، وَحَلَفَ مَعَ

الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، ثَبَتَ مِلْكُ الْمُسْتَوْلَدَةِ، وَعَتَقَتْ عِنْدَ مَوْتِهِ بِإِقْرَارِهِ، وَلَا يُنْبِئُ نَسَبُ الْوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ؛

عَلَى أَقْبَسِ الْقَوْلَيْنِ؛ إِذْ لَا مَعْنَى لِتَبَعِيَّتِهِ فِي الْحُجَّةِ، وَهُوَ مُسْتَقِيلٌ، وَهَذِهِ الْحُجَّةُ لَا تَكْفِي لِلْحُرِّيَّةِ

وَالنَّسَبِ.

(فُرُوعُ: الْأَوَّلُ)^(٣) إِذَا حَلَفَ الْوَرِثَةُ مَعَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ عَلَى دَيْنٍ لِلْمُورِثِ، اسْتَحَقَّوا، فَإِنْ حَلَفَ

وَاحِدٌ، اسْتَحَقَّ الْحَالِفُ نَصِيبَهُ دُونَ التَّكْلِ، وَلَيْسَ لَوَلَدِ التَّكْلِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَنْ يَخْلِفَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ

التَّكْلِ، فَلَوْلَدُهُ أَنْ يَخْلِفَ، وَفِي وَجُوبِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَكَلَ الْوَارِثُ، وَلِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ،

فَهَلْ يَخْلِفُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٤)، وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ، حَلَفَ، إِذَا حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ؛ وَكَذَا إِذَا

(١) قال الرافعي: «والصحيح أن مجرد التسامع لا يكفي» الأقرب إلى إطلاق الأكثرين أنه يكفي. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أما الإغسار فإنما يجوز الشهادة عليه بخبره الباطن إلى آخره» مقصوده ما اشتمل عليه قوله من التفتيس وليشهد من يخبر باطن حاله، فإنها شهادة على النفي قبلت للحاجة. [ت].

(٣) لم يذكر إلا اثنين فلعله أراد بالجمع ما فوق الواحد فليحرر.

(٤) قال الرافعي: «ولو نكل الوارث وللميت غريم فهل يخلف، فيه قولان» الصورة المذكورة في «التفتيس» =

بَلَغَ صَبِيٍّ.

وَلَوْ كَانَ التَّرَاعُ فِي وَصِيَّةٍ لِشَخْصَيْنِ، فَإِذَا قَدِمَ الْغَائِبُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَخْلِفَ بَعْدَ إِعَادَةِ الشُّهُودِ، لَا كَالْمِيرَاثِ، فَإِنَّهُ كَالْمُسْتَجِدِّ، وَلِذَلِكَ يَخْرُجُ بِخَلْفِ أَحَدِ الْوَارِثِينَ نَصِيبُ الْغَائِبِ مِنْ يَدِ الْخَصْمِ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ^(١)؛ بِخِلَافِ شَرِيكَ الْوَصِيَّةِ، إِذَا أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، اسْتَوْفَى نَصِيبَ الْمَخْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَدَّعِ الْبُلُوغَ، وَيُؤْخَذُ (ح و) نَصِيبُ الْغَائِبِ، إِنْ كَانَ عَيْنًا وَيَكْفِي دَعْوَى الْحَاضِرِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا، فَوَجْهَانِ يَجْرِيَانِ فِي كُلِّ مَنْ أَقَرَّ لَغَائِبٍ بِدَيْنٍ؛ أَلَّا الْقَاضِي، هَلْ يَسْتَوْفِيهِ أَمْ يَتْرُكُهُ؟ وَمَا يَسْتَوْفِيهِ الْحَاضِرُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ لَا يُسَاهِمُهُ (و) الْغَائِبُ فِيهِ، إِذَا رَجَعَ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا يُسَاهِمُهُ (و)؛ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ شَائِعٌ بَيْنَهُمَا^(٢)، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعَيُّنِ.

(الثَّانِي): لَوْ ادَّعَى أَنَّ أَبَاهُمَا وَقَفَ عَلَيْهِمَا ضَبْعَةً وَقَفَ تَرْتِيبَ، ثَبَّتَ الْوَقْفُ بِيَمِينِ وَشَاهِدٍ، فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَسْتَحَقَّ نَصِيبُهُ، وَاسْتَحَقَّ الْآخَرُ، فَأَمَّا إِذَا مَاتَا، فَنَصِيبُ الْحَالِفِ لَا يَسْتَحَقُّهُ الْبَطْنُ الثَّانِي بِغَيْرِ يَمِينٍ؛ تَفْرِيعًا عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ؛ وَهُوَ أَنَّ الْبَطْنَ الثَّانِي يَأْخُذُ الْحَقَّ مِنَ الْوَاقِفِ، لَا مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ، وَنَصِيبُ التَّائِيْلِ يَنْبُتُ لِلْبَطْنِ الثَّانِي أَيْضًا، إِذَا حَلَفُوا، وَإِذَا نَكَلُوا جَمِيعًا، حَلَفَ الْبَطْنُ الثَّانِي، إِذَا مَاتُوا، وَإِنْ حَلَفُوا، أَخَذَ الْبَطْنُ الثَّانِي بِالْيَمِينِ.

وَلَوْ مَاتَ الْحَالِفُ وَخَدَهُ، صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى التَّائِيْلِ فِي وَجْهِهِ.

وَالِى وَلَدِ الْحَالِفِ؛ فِي وَجْهِهِ.

وَيُحْكَمُ بِأَنَّهُ تَعَدَّرَ مَضْرَفُهُ، فِي وَجْهِهِ.

وَيَبْطُلُ الْوَقْفُ فِيهِ أَوْ يَضْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ؟ فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ بِالتَّشْرِيكِ، فَحَلَفَا، ثُمَّ وُلِدَ لِأَحَدِهِمَا وَلَدٌ، وَجَبَ إِخْرَاجُ ثُلُثِ الْوَقْفِ مِنْ يَدَيْهِمَا، فَإِنْ بَلَغَ الطِّفْلُ، وَحَلَفَ، اسْتَحَقَّ، وَإِنْ نَكَلَ، فَقَدْ تَعَدَّرَ مَضْرَفُهُ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَيْهِمَا، وَالتَّائِيْلُ كَالْمَعْدُومِ^(٣)، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوَّلًا.

(الْبَابُ الْخَامِسُ: فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ)

وَيَجْرِي فِي كُلِّ مَا لَيْسَ بِعُقُوبَةٍ، وَفِي الْعُقُوبَاتِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّلَاثِ يَجْرِي فِي عُقُوبَاتِ

[ت]

- (١) قال الرافعي: «وكذلك يخرج بحلف أحد الوارثين نصيب الغائب من يد الخصم على أحد القولين» قيل: هما وجهان. [ت]
- (٢) قال الرافعي: «وإن كان عينا يساهمه لأن كل جزء شائع بينهما» أراد ما إذا أقام الحاضر شاهداً وحلف معه، والظاهر عند الأصحاب أنه لا يساهم. [ت]
- (٣) قال الرافعي: «وإن نكل فقد تعدر مضرفه، وفيه قول: إنه يرد إليهما، والتاكيل كالمعدوم» سياق الكتاب يشعر بترجيح الأول، والظاهر عند الأئمة الثاني. [ت]

الْأَدَمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةً لَأَنَّهَا بَدَلٌ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي، وَفِي التَّوَكُّلِ بِاسْتِيفَاءِ (و) الْقِصَاصِ^(١)، فَإِذَا مَتَعْنَا، لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى بِالْقِصَاصِ عَلَى غَائِبٍ، ثُمَّ النَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أُمُورٍ:

(الْأَوَّلُ): أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، إِلَّا إِذَا قَالَ الشَّاهِدُ: أَشْهَدُكَ عَلَى شَهَادَتِي، أَوْ رَأَهُ الْفَرْعُ، وَقَدْ شَهِدَ بَيْنَ يَدَيِ حَاكِمٍ، فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ: لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ حَقٌّ، وَعِنْدِي بِهِ شَهَادَةٌ، لَمْ يَجُزِ التَّحْمُلُ؛ لِأَنَّهُ يَتَسَاهَلُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ، نَعَمْ لَوْ قَالَ: عِنْدِي شَهَادَةٌ مَجْزُومَةٌ لِفُلَانٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا، لَمْ يَتَحْمَلْ، فَلَعَلَّهُ أَرَادَ الْوَعْدَ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ لِفُلَانٍ أَلْفٌ، لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْوَعْدِ، وَجَازَتْ الشَّهَادَةُ؛ إِذْ لَا يَتَسَاهَلُ فِي الْإِفْرَارِ.

(الثَّانِي: فِي الطَّوَارِئِ)، وَلَا بَأْسَ بِمَوْتِ شَاهِدٍ الْأَصْلِ وَغَيْبَتِهِ وَمَرَضِهِ، وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ عَلَيْهِ الْفُسْقُ أَوْ الْعَدَاوَةُ أَوْ الرَّدَّةُ، أَمْتَنَعَ شَهَادَةُ الْفَرْعِ، وَلَوْ طَرَأَ الْجُنُونُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ طَرَأَ الْعَمَى، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَلَّا يُمْنَعَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا لَا يُمْنَعَانِ، أَمَّا إِذَا كُذِّبَ الْفَرْعُ، أَمْتَنَعَ الشَّهَادَةُ.

(الثَّالِثُ: الْعَدَدُ)، وَلَيْشْهَدْ عَلَى كُلِّ شَاهِدٍ شَاهِدَانِ، فَإِنْ شَهِدَا عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا جَمِيعاً، جَازَ، عَلَى أَقْيَسِ الْقَوْلَيْنِ. وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُ شَاهِدَيِ الْأَصْلِ مَعَ شَاهِدٍ آخَرَ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصْلِ الثَّانِي، وَشَهَادَةُ الزَّانَا كَالْإِفْرَارِ بِالزَّانَا، فَتَثْبُتُ بِشَاهِدَيْنِ أَمْ بِأَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

وَيَجْتَمِعُ مِنْ هَذِهِ الْأَخْتِلَافَاتِ فِي شُهُودِ الْفَرْعِ فِي الزَّانَا، إِنْ قَبِلْنَا هَا - أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ؛ فَيَجِبُ سِتَّةَ عَشَرَ أَوْ ثَمَانِيَةَ أَوْ أَرْبَعَةَ أَوْ اثْنَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنَّهُ لَا يَسْمَعُ (و) شَهَادَةَ الْفَرْعِ إِلَّا إِذَا مَاتَ الْأَصْلُ، أَوْ مَرِضَ مَرَضاً يَشُقُّ عَلَيْهِ الْحُضُورُ، أَوْ غَابَ فَوْقَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ^(٢)، فَإِنْ كَانَ دُونَهَا وَفَوْقَ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، فَوَجْهَانِ، وَخَوْفُ الْغَرِيمِ وَكُلُّ مَا تُتْرَكُ بِهِ الْجُمُعَةُ؛ كَالْمَرَضِ، وَلَيْسَ عَلَى شُهُودِ الْفَرْعِ تَزْكِيَةُ الْأَصْلِ، لَكِنْ لَوْ رُكِّعُوا، ثَبَّتَتْ عَدَالَتُهُمْ وَشَهَادَتُهُمْ بِقَوْلِ الْفَرْعِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَى صِدْقِ شُهُودِ الْأَصْلِ.

(الْبَابُ السَّادِسُ: فِي الرُّجُوعِ)

وَالنَّظَرُ فِي الْعُقُوبَةِ، وَالْبُضْعِ، وَالْمَالِ:

(١) قال الرافعي: «وفي العقوبات ثلاثة أقوال إلى قوله وفي التوكيل باستيفاء القصاص» الخلاف في الشهادة على الشهادة في كتاب القاضي إلى القاضي وفي العقوبات وذكرهما في باب القضاء على الغائب، والتوكيل باستيفاء القصاص داخل فيما ذكره في باب الوكالة في التوكيل باستيفاء العقوبات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أو مرض مرضاً يشق عليه الحضور، أو غاب فوق مسافة القصر» لا حاجة إلى كلمة: فوق ها هنا. [ت]

(أَمَّا الْمُقْبُورَةُ): فَالزُّجُوعُ قَبْلَ الْقِصَاصِ يَمْنَعُ الْقَضَاءَ، وَيَجِبُ حَدُّ الْقَذْفِ، إِنْ شَهِدُوا بِالزَّنا، وَإِنْ قَالُوا: غَلَطْنَا، فَفِي الْحَدِّ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يُصْرَخْ بِالزُّجُوعِ، وَلَكِنْ قَالَ لِلْقَاضِي: تَوَقَّفْ، ثُمَّ عَادَ، وَقَالَ: أَقْضِ، فَفِي جَوَازِ الْقَضَاءِ بِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَازَ، فَفِي وُجُوبِ الإِعَادَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الْقَضَاءِ، فَفِي الِاسْتِيفَاءِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ.

وَعَلَى الثَّالِثِ: يَسْتَوْفِي حُقُوقَ الْآدَمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى، أَمَّا الْمَالُ فَيُسْتَوْفَى (و) قَطْعًا، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الْقَتْلِ، وَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، إِنْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ، وَلَوْ رَجَعَ وَلَيْ الْقَاضِي، وَهُوَ الَّذِي بَاشَرَ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَالشَّاهِدُ مَعَهُ كَالْمُنْسِكَ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْمُزَكِّي إِذَا رَجَعَ كَالْمُنْسِكَ مَعَ الشَّاهِدِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: أَخْطَأْتُ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْعَامِدِ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ خَاطِئٍ. وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: تَعَمَّدْتُ وَأَخْطَأَ شَرِيكِي، فَفِي الْقِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ وَلَكِنْ مَا عَلِمْتُ؛ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِقَوْلِي، فَلَا قِصَاصَ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، وَلَوْ ضَرَبَهُ ضَرْبًا يُقْتَلُ الْمَرِيضُ دُونَ الصَّحِيحِ^(١)، وَلَمْ يَلْمَ أَنَّهُ مَرِيضٌ، وَجِبَ الْقِصَاصُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي الْبُضْعِ)، فَإِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الشَّهَادَةِ عَلَى الطَّلَاقِ، وَبَعْدَ الْقَضَاءِ، نَفَذَ الطَّلَاقُ، وَعَلَيْهِمْ (ح م) الْغُزْمُ، وَكَذَا فِي الْعَنْقِ وَالرِّضَاعِ الْمُحَرَّمِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى الْمَالِ رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، أَوْ عَشْرٌ، فَنِصْفُ الْغُزْمِ عَلَى الْمَرْأَةِ^(٢)، وَنِصْفُهُ عَلَى جَمِيعِ النِّسَاءِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى رِضَاعٍ مُحَرَّمٍ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسٌ، وَعَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ نِصْفُ سُدُسٍ، وَيُنْزَلُ كُلُّ امْرَأَتَيْنِ مَنَزَلَةَ رَجُلٍ؛ لِأَنَّ هَذَا يَبْتُ بِشَهَادَةِ النِّسْوَةِ، فَلَا يَتَوَقَّفُ شَطْرُهُ عَلَى الرَّجُلِ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلَّا أَرْبَعُ نِسْوَةٍ، فَالصَّحِيحُ أَنْ لَا غُزْمَ؛ لِإِقَامِ مَا يَسْتَقِيلُ بِكَوْنِهِ حُجَّةً.

وَقِيلَ: يَجِبُ حِصَّتُهُمْ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلَّا ثَلَاثَ نِسْوَةٍ، فَفِي وَجْهِ: تَجِبُ حِصَّتُهُمْ.

وَعَلَى الصَّحِيحِ: يَجِبُ عَلَى جَمِيعِ الرَّاجِعِينَ رُبُعُ الْغُزْمِ؛ إِذَا لَمْ يَبْطُلْ إِلَّا رُبُعُ الْحُجَّةِ.

وَفِي وُجُوبِ الْغُزْمِ عَلَى شُهُودِ الْإِخْصَانِ مَعَ شُهُودِ الزَّنا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): لَا يَجِبُ شَيْءٌ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَجِبُ الشَّطْرُ عَلَيْهِمْ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يَجِبُ الثُّلُثُ عَلَيْهِمْ؛ إِذَا أَقْلُ شَهَادَةِ الْإِخْصَانِ اثْنَانِ، وَأَقْلُ شَهَادَةِ الزَّنا أَرْبَعَةٌ.

فَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْ شُهُودِ الزَّنا وَالْإِخْصَانِ، اجْتَمَعَ مِنَ الْأُصُولِ أَقْوَالٌ لَا تَخْفَى، وَالْقَوْلَانِ جَارِيَانِ فِي أَنَّ شُهُودَ التَّغْلِيْقِ فِي الطَّلَاقِ، هَلْ يَغْرُمُ مَعَهُمْ شُهُودُ الصَّفَةِ أَوْ يَنْفَرِدُ شُهُودُ التَّغْلِيْقِ بِالْغُزْمِ.

(١) قال الرافعي: «ولو ضربه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح إلى آخره» المسألة مذكورة من قبل. [ت]

(٢) في أ: الرجل.

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ): الرُّجُوعُ فِي عَيْنِ مَالٍ يُتَوَقَّعُ رُجُوعُهُ بِإِقْرَارِ الْخَصْمِ، هَلْ يُوجِبُ الْعُزْمَ فِي الْحَالِ لِلْحَائِلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.
أَمَّا إِذَا ظَهَرَ كَوْنُ الشَّاهِدِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ، بَانَ بَطْلَانُ الْقَضَاءِ^(١)، وَأُتْدَفَعَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ، وَإِنْ كَانَ فِي قَتْلِ، وَجَبَ الْعُزْمُ عَلَى الْقَاضِي؛ لِخَطِيئِهِ، وَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الشُّهُودِ كَلَامٌ سَبَقَ فِي مَوْضِعِهِ.

(١) قال الرافعي: أما إذا ظهر كون الشاهد عبدين أو كافرين أو صبيين بان بطلان القضاء الصورة المذكورة في آخر الباب الأول من «الشهادات». [ت]

(كِتَابُ الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَاتِ)

وَمَجَامِعُ الْخُصُومَاتِ تَدُورُ عَلَى خَمْسَةِ: الدَّعْوَى، وَالْجَوَابُ، وَالْيَمِينُ، وَالْتُّكُولُ، وَالْبَيِّنَةُ.
(الْأَوَّلُ: الدَّعْوَى)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الْأَوَّلَى) فِيمَنْ يَخْتِاجُ إِلَى الدَّعْوَى، وَمَنْ غُصِبَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَقَدَرَ عَلَى اسْتِزَادِهِ قَهْرًا مِنْ غَيْرِ تَخْرِيكِ فِتْنَةٍ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَلَمْ يَلْزِمُهُ الرَّفْعُ إِلَى الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَ حَقُّهُ عُقُوبَةً، فَلَا بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دَيْنًا، وَمَنْ عَلَيْهِ مَقْرٌ مُمَاطِلٌ، فَلَا بُدَّ (و) مِنْ رَفْعِهِ ^(١) وَإِنْ كَانَ يَتَعَذَّرُ رَفْعُهُ بِتَعَزُّزِهِ أَوْ تَوَارِيهِ، فَإِنْ ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ، فَلَهُ أَخْذُهُ (م)، وَإِنْ كَانَ قَدْ ظَفِرَ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ، فَقَوْلَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُ (ح)، فَيَرْفَعُهُ إِلَى الْقَاضِي؛ حَتَّى يَبْيَعَ فِي حَقِّهِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْمَالَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالْبَيْعِ بِجِنْسِ حَقِّهِ ^(٢).

وَقِيلَ: بَلْ يَتَمَلَّكُ مِنَ الْعَيْنِ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ.

وَلَوْ تَلَفَ قَبْلَ الْبَيْعِ وَالتَّمَلُّكِ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يُبَادِرْ إِلَى الْبَيْعِ، حَتَّى تَقْصَتِ الْقِيَمَةُ، فَهُوَ مَخْسُوبٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَظْفَرْ إِلَّا بِمَتَاعٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ، لَمْ يَضْمَنْ الزِّيَادَةَ، وَإِنْ تَلَفَ، لِأَنَّهُ مَعْدُورٌ فِي حَقِّهِ فِي أَخْذِهِ؛ حَتَّى لَوْ نَقَبَ الْجِدَارَ؛ لِيَأْخُذَهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَرْشُ التَّنْقِبِ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَضْمَنْ الزِّيَادَةَ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ صِحَاحًا، فَأَخَذَ الْمُتَكْسِرَةَ، وَرَضِيَ بِهَا، جَازَ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ، لَمْ يَجُزْ، إِلَّا أَنْ يَبْيَعَ بِالذَّنَائِيرِ، وَيَشْتَرِيَ بِهَا جِنْسَ حَقِّهِ، وَلَوْ جَحَدَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ، وَلَهُ عَلَى الْمُسْتَحِقِّ مِثْلُهُ، جَازَ لَهُ أَيْضًا أَنْ يَجْحَدَ، وَيَخْصُلَ التَّقَاضُ لِلضَّرُورَةِ.

(الثَّانِيَةُ: فِي حَدِّ الْمُدَّعِي)، وَفِيهِ قَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ الَّذِي يُخْلَى وَسُكُوتُهُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ الَّذِي يَدَّعِي أَمْرًا خَفِيًّا عَلَى خِلَافِ الظَّاهِرِ، فَلَوْ أَسْلَمَا قَبْلَ الْمَسِيسِ، فَقَالَ: أَسْلَمْنَا مَعًا، وَالتَّكَاحُ (و) دَائِمٌ بَيْنَنَا، وَقَالَتْ: بَلْ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَالزَّوْجُ هُوَ الَّذِي خُلِيَ وَسُكُوتُهُ، لَكِنَّ الْمَرْأَةَ هِيَ الَّتِي تَدَّعِي أَمْرًا ظَاهِرًا، فَإِنَّ تَسَاوُقَ الْإِسْلَامِ بَعِيدٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يُخْرِجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَأَمَّا الْمُودَعُ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ، صُدِّقَ بِبَيِّنَتِهِ لِلرُّخْصَةِ، وَلَئِنَّهُ أَعْتَرَفَ لَهُ بِالْأَمَانَةِ، ثُمَّ حَدَّ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةَ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً مُلْزِمَةً، فَلَوْ قَالَ: عَلَيْهِ شَيْءٌ، لَمْ يُسْمَعْ، وَلَوْ قَالَ: وَهَبَ مِنِّي،

(١) قَالَ الرَّافِعِي: «وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دَيْنًا، وَمَنْ عَلَيْهِ مَقْرٌ مُمَاطِلٌ، فَلَا بُدَّ مِنْ رَفْعِهِ إِلَى الْقَاضِي» هَذَا وَجْهٌ وَالثَّانِي:

أَنَّهُ يَلْزِمُهُ الْمِرَافَعَةُ، وَيَسْتَقِلُّ بِالْأَخْذِ مِنْ مَالِهِ وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَالرَّوْيَانِيُّ أَنَّهُ الْأَصَحُّ. [ت]

(٢) قَالَ الرَّافِعِي: «فَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُ فَرَفَعَهُ إِلَى الْقَاضِي إِلَى قَوْلِهِ: وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالْبَيْعِ بِجِنْسِ حَقِّهِ»

سِيَاقُ الْكِتَابِ يَشْعُرُ بِتَرْجِيحِ الْأَوَّلِ، وَالْأَصَحُّ الثَّانِي. [ت]

أَوْ بَاعَ، لَمْ يُسْمَعْ؛ حَتَّى يَقُولَ: وَيَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ.

(الثَّالِثَةُ): مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحْلَفَ الْمُدَّعِي، مَا لَمْ يَقْدَمْ دَعْوَى صَحِيحَةً؛ كَبَيْعِ أَوْ إِبْرَاءٍ، فَلَوْ أَدَّعَى فُسُقَ الشُّهُودِ، وَعَلِمَ الْخَضْمُ بِهِ، فَهَلْ يُحْلَفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا لَوْ أَدَّعَى؛ أَنَّهُ أَقْرَبُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَيْسَ عَيْنَ الْحَقِّ؛ وَكَذَا إِذَا أَدَّعَى مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ؛ بِأَنَّهُ قَدْ حَلَفَ مَرَّةً، وَأَرَادَ يَمِينَهُ، فَبَيَّ كُلُّ ذَلِكَ وَجْهَانِ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ الْحَقِّ، لَكِنْ يَنْفَعُ فِي الْحَقِّ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَخْلِيفُ الشَّاهِدِ وَالْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ يَنْفَعُ تَكْذِيبُهُمْ أَنْفُسَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ قَالَ مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ: أَمْهَلُونِي، فَلْيَبَيِّنْهُ دَافِعَةً، أَمْهَلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وَقِيلَ: يَوْمٌ وَاحِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي، فَحَلَّفُوهُ، يَخْلِفُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي مُوَكَّلُكَ، وَكَذَّبَهُ، اسْتَوْفَى فِي الْحَالِ^(١).

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي عَنِ الدَّعْوَى، فَهَذَا لَا يُسْمَعُ، إِذْ لَا مَعْنَى لِلْإِبْرَاءِ عَنِ الدَّعْوَى.

(الخَامِسَةُ): يَنْبَغِي أَنْ يَدَّعِيَ فِي النِّكَاحِ؛ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ وَرِضَاهَا، فَإِنْ أَطْلَقَ، فَالْنِّصُّ أَنَّهُ لَا يُسْمَعُ (ح م).

وَفِي الْبَيْعِ يُسْمَعُ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ^(٢).

وَلَوْ قَالَ: هِيَ زَوْجَتِي، كَفَاهُ الْإِطْلَاقُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)^(٣).

وَدَعْوَى الْقِصَاصِ لَا بُدَّ (و) مِنْ تَفْصِيلِهَا، لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَدَّعِيَ بَيْعًا صَحِيحًا، فَيَذْكُرَ الصَّحَّةَ.

(السَّادِسَةُ): دَعْوَاهَا الزَّوْجِيَّةُ لَا تُسْمَعُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، مَا لَمْ يَتَعَرَّضَ لِمَهْرٍ أَوْ نَفَقَةٍ^(٤).

فَإِنْ قُلْنَا: يُسْمَعُ، فَهَلْ تَنْدَفِعُ بِمُجَرَّدِ إِنْكَارِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ؛ مَاخُذُهُ أَنَّ الْإِنْكَارَ طَلَاقٌ أَمْ لَا حَتَّى لَوْ رَجَعَ بَعْدَ ذَلِكَ يُسَلِّمُ الزَّوْجَةَ إِلَيْهِ، وَفِيهِ خِلَافٌ.

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أبرأني موكلك وكذبه استوفى في الحال» ذكره مرة في القضاء على الغائب. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن أطلق فالنص أنه لا يسمع، وفي البيع يسمع، وقيل: قولان بالنقل والتخريج» هذا يشعر بأن الأصحاب جرى بعضهم على تقرير النصين، وتصرف بعضهم فيهما بالنقل والتخريج على المعهود في النظار، لكن الكتب ساكتة عن النص في البيع، وعن النقل والتخريج. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: هي زوجتي كفاها الإطلاق على الصحيح» الظاهر عند الأصحاب أنه كدعوى ابتداء النكاح. [ت]

(٤) قال الرافعي: «دعواها الزوجية لا تسمع ما لم يتعرض لمهر أو نفقة» قد ذكر المسألة في «النكاح» حيث قال: «لكن ادعى زوجية مطلقة، ففي سماع مثل هذه الدعوى وجهان». [ت] وقال أيضاً: «دعواها الزوجية لا تسمع على الأصح... إلى آخره» ميل الأكثرين إلى أنها تسمع. [ت]

(السَّابِعَةُ): الْعَبْدُ إِذَا أَدَّعَى؛ أَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ أَدَّعَى الْإِعْتَاقَ، فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، وَالصَّغِيرُ الْمُمَيَّزُ، هَلْ يُقْبَلُ دَعْوَاهُ الْحُرِّيَّةَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يُسْمَعُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ، سُمِعَتْ، وَصُدِّقَ بِيَمِينِهِ^(١)، وَلَا تَأْثِيرَ لِلْيَدِ وَلِإِبْطَالِ الدَّعْوَى السَّابِقَةِ.

وَيَجُوزُ شِرَاءُ الْعَبْدِ الْبَالِغِ؛ اعْتِمَادًا عَلَى ظَاهِرِ الْيَدِ، مَعَ سُكُوتِ الْعَبْدِ.

وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ إِقْرَارِهِ.

(الثَّامِنَةُ): الدَّعْوَى بِالذَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ، فِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ بِهِ شَيْءٌ فِي الْحَالِ، وَدَعْوَى الْأَسْيَلَادِ تُسْمَعُ، وَدَعْوَى التَّدْبِيرِ وَتَغْلِيْقِ الْعِتْقِ بِصِفَةِ كَالذَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ.

(الثَّاسِعَةُ): لَوْ سَلَّمَ ثَوْبًا، قِيمَتُهُ خَمْسَةٌ إِلَى دَلَالٍ؛ لِيَبِيعَهُ بِعَشْرَةٍ، فَجَحَدَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لِي عَلَيْهِ ثَوْبٌ، إِنْ تَلَفَ، فَعَلَيْهِ خَمْسَةٌ، وَإِنْ بَاعَ، فَعَلَيْهِ عَشْرَةٌ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا، فَعَلَيْهِ رَدُّ الثَّوْبِ، وَيُقْبَلُ مَعَ التَّرَدُّدِ لِلْحَاجَةِ.

وَقِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يُعَيَّنَ كُلُّ قِسْمٍ فِي دَعْوَى.

ثُمَّ إِذَا نَكَلَ عَنْ وَاحِدٍ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِتُكْوِلِهِ عَلَى كَذِبِهِ، فَيُحْلَفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: جَوَابُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)، وَهُوَ إِقْرَارٌ أَوْ إنْكَارٌ؛ إِذِ السُّكُوتُ كَالْإِنْكَارِ.

وَقَوْلُهُ: «لِي عَنْ دَعْوَاكَ مَخْرَجٌ»، أَوْ «لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَكْثَرُ مِمَّا لَكَ» اسْتِهْزَاءٌ وَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ، فِيهِ مَسَائِلُ:

(الْأُولَى): لَوْ قَالَ: لِي عَلَيْكَ عَشْرَةٌ، فَقَالَ: لَا يَلْزَمُنِي الْعَشْرَةُ، لَمْ يَكْفِهِ الْيَمِينُ مُطْلَقًا، بَلْ يَخْلِفُ بِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ عَشْرَةٌ، وَلَا شَيْءٌ مِنْهَا، فَإِنْ أَقْتَصَرَ، كَانَ نَاكِلًا عَنِ الْيَمِينِ فِيمَا دُونَ الْعَشْرَةِ، وَلِلْمُدَّعِي أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْعَشْرَةِ إِلَّا شَيْئًا، إِلَّا إِذَا أَضَافَ إِلَى عَقْدٍ بِأَنْ قَالَتْ: نَكْحَتُنِي بِخَمْسِينَ، فَحَلَفَ أَنَّهُ نَكَحَ لَا بِخَمْسِينَ^(٢)؛ فَلَا يُمَكِّنُهَا الْحَلْفُ عَلَى مَا دُونَ الْخَمْسِينَ؛ لِمُنَاقَضَةِ الدَّعْوَى.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: مَزَقْتُ ثَوْبِي، وَلِي عَلَيْكَ الْأَرْضُ، فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لَا يَلْزَمُنِي الْأَرْضُ، وَلَا يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلتَّمْزِيقِ؛ وَكَذَا إِذَا أَدَّعَى مِلْكًا، أَوْ دَيْنًا، فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لَا يَلْزَمُنِي التَّسْلِيمُ، فَإِنْ كَانَ الْمِلْكُ فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ، وَخَافَ أَنْ أَقْرَأَ أَنْ يُطَالَبَ بِالْبَيِّنَةِ، فَقَدْ قِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْيَدَ تُصَدِّقُهُ فِي الرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ، فَحِيلَتُهُ أَنْ يُفْصَلَ الْجَوَابَ، وَيَقُولَ: إِنْ

(١) قال الرافعي: «فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» المسألة مذكورة في اللقيط حيث قال: فإن بلغ، وأنكر ففي انتفاء الرق وجهان لكنه أرسل ذكر الوجهين هناك، وهما رجح وقال أيضاً: «فإن قلنا: لا تسمع، فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» الأرجح عند أكثرهم خلافه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فأقر أنه نكح لا بالخمسين» هذا لا حاجة إليه في التصوير فإنها تطلب الصداق، ولا فرق فيه إذا نكل بين أن يقر بالنكاح، أو لا يقر. [ت]

أَدْعَيْتُ مِلْكَاً مُطْلَقاً، فَلَا يَلْزُمُنِي التَّسْلِيمُ، وَإِنْ أَدْعَيْتُ مَرْهُوناً عِنْدِي، فَحَتَّى أُجِيبَ.

وَقِيلَ: هَذَا لَا يُسْمَعُ مُرَدِّدًا، وَلَكِنَّ حِيلَتَهُ أَنْ يُنْكِرَ مِلْكَهُ، إِنْ أَنْكَرَ هُوَ دَيْنَهُ، وَيَلْتَفِتَ إِلَى الظَّفَرِ بِغَيْرِ جَنْسٍ حَقُّهُ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا أَدْعَى عَلَيْهِ مِلْكَاً، فَقَالَ: لَيْسَ لِي إِنَّمَا هُوَ وَفْتُ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ عَلَى وَلَدِي، أَوْ هُوَ مِلْكُ طِفْلِي، أَنْصَرَفَتْ (و) الْخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلَا يُمَكِّنُ تَخْلِيفُ الطِّفْلِ وَلَا وَلِيِّهِ (و)، وَلَا يُنْجِي إِلَّا الْبَيِّنَةُ، وَإِنْ قَالَ: لَيْسَ لِي، أَوْ هُوَ لِمَنْ لَا أَسْمِيهِ، لَمْ يَنْصَرِفْ عَنْهُ الْخُصُومَةُ.

وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ الْقَاضِي إِلَى أَنْ يُقِيمَ حُجَّةً لِمَالِكٍ.

وَلَوْ قَالَ: هُوَ لِفُلَانٍ، فَيَخْضُرُ، فَإِنْ صَدَّقَهُ، أَنْصَرَفَتْ الْخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلَوْ كَذَّبَهُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَاضِي يَأْخُذُهُ؛ لِيَتَبَيَّنَ مُسْتَحَقُّهُ.

وَقِيلَ: يُسَلَّمُ إِلَى الْمُدَّعِي؛ إِذْ لَا مُنَازَعَ لَهُ.

وَقِيلَ: يُتْرَكُ فِي يَدِهِ إِلَى قِيَامِ حُجَّةٍ.

وَلَوْ أَصَافَ إِلَى غَائِبٍ، فَفِي أَنْصِرَافِ الْخُصُومَةِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ، يُعْرَضُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ؛ حَتَّى يَسْتَفِيدَ الْمُدَّعِي بِنُكُولِهِ الْيَمِينَ وَأَنْتِزَاعِ الشَّيْءِ مِنْ يَدِهِ، أَوْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ، وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ، ثُمَّ الْغَائِبُ إِنْ رَجَعَ، كَانَ هُوَ صَاحِبَ الْيَدِ، فَيَسْتَأْنِفُ الْخُصُومَةَ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ عَنْهُ، فَلَوْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ، فَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ مَعَهُ، فَلَوْ كَانَ لِصَاحِبِ الْيَدِ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ لِلْغَائِبِ، سُمِعَتْ إِنْ أَثْبَتَ وَكَالَةَ نَفْسِهِ، وَقُدِّمَتْ عَلَى بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي، فَإِنْ لَمْ يُثْبِتِ الْوِكَالَةَ، فَهَلْ يُسْمَعُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّ لِلْمُدَّعِي تَخْلِيفَهُ؛ رَجَاءً أَنْ يَقَرَّ لَهُ، فَيَعْرَمُ بِالْحِيلُولَةِ، فَلَهُ غَرَضٌ فِي إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ؛ لِيَضْرِبَ هَذِهِ الْيَمِينَ عَنْ نَفْسِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يُسْمَعُ؛ إِذْ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا وَكِيلٍ، فَإِنْ أَدْعَى لِنَفْسِهِ عُلُقَةً رَهْنٍ أَوْ إِجَارَةً، فَوَجْهَانِ، وَأَوَّلَى بَأَن يُسْمَعُ، فَإِنْ سُمِعَتْ لِصَرَفِ الْيَمِينِ عَنْهُ، فَبَيِّنَةُ الْمُدَّعِي فِي الْحَالِ مُقَدَّمَةٌ، فَإِنْ رَجَعَ الْغَائِبُ، وَأَعَادَ الْبَيِّنَةَ، قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ سَمِعْنَا لِعُلُقَةِ الْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ، فَأَيُّ الْبَيِّنَتَيْنِ يُقَدَّمُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ، فَلِلْمُدَّعِي تَخْلِيفُهُ؛ بِنَاءً عَلَى الْأَصَحِّ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَقَرَّ الثَّانِي غَرَّمَ لَهُ الْقِيَمَةَ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ صَرَخَ فِي نِزَاجِ الْمُدَّعِي؛ بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكُ الْبَائِعِ، فَفِي الرُّجُوعِ وَجْهَانِ؛ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ يَزْجَعُ، وَلَوْ أَخَذَ جَارِيَةً بِحُجَّةٍ، فَأَخْبَلَهَا، ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَالْجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةٌ، وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا لِلْمَقْرَّرِ لَهُ مَعَ الْمَهْرِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْجَارِيَةَ لِلْمَقْرَّرِ لَهُ، إِنْ أَقَرَّتْ بِصَدْقِهِ فِي الرُّجُوعِ.

(الخَامِسَةُ): جَوَابُ دَعْوَى الْفَصَاصِ عَلَى الْعَبْدِ يُطْلَبُ مِنَ الْعَبْدِ، وَدَعْوَى الْأَرَشِ يُطْلَبُ جَوَابُهَا مِنَ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَهُ تَخْلِيفُ الْعَبْدِ، لِيَتَعَلَّقَ بِدَمْتِهِ، إِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ بِدَمْتِهِ، وَسَمِعْنَا الدَّعْوَى بِالذِّينِ الْمُوَجَّلِ أَيْضًا، وَإِذَا أَدْعَى، وَلَمْ يَخْلِفْ، وَقَالَ: لِي بَيِّنَةٌ، فَاطْلُبُوا مِنْهُ كَفِيلًا، لَمْ يَلْزَمْهُ (و) ذَلِكَ،

وَأِنْ جَرَى بِهِ رَسْمُ الْقَضَاةِ، وَإِذَا أَقَامَ، فَلَهُ (و) طَلَبُ الْكَفِيلِ قَبْلَ التَّعْدِيلِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: فِي الْحَلْفِ): وَالنَّظَرُ فِي الْحَلْفِ وَالْحَالِفِ وَالْمَخْلُوفِ عَلَيْهِ وَالْحُكْمِ.

(أَمَّا الْحَلْفُ)، فَيَجْرِي فِيهِ التَّغْلِيظُ إِلَّا فِيمَا (و م) هُوَ دُونَ نِصَابِ الرِّكَاتِ، وَلَوْ أَنْكَرَ السَّيِّدُ عِنَقَ عَبْدٍ خَسِيسٍ، لَمْ تُغْلَظْ (و) يَمِينُهُ، فَإِنْ نَكَلَ، غُلِظَ عَلَى الْعَبْدِ، لِأَنَّهُ مُدَّعِي الْعِنَقِ، وَكُلُّ مَا لَا يَبُثُّ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ يَجْرِي فِيهِ التَّغْلِيظُ، وَيَجْرِي أَيْضاً فِي عُيُوبِ النِّسَاءِ، وَكَيْفِيَّتُهُ وَكَوْنُهُ مُسْتَحَقّاً أَوْ مُسْتَحَبّاً ذَكَرْنَاهُ فِي اللَّعَانِ، وَيُغْلَظُ (و) عَلَى الْمُخَدَّرَةِ بِحُضُورِ الْجَامِعِ، وَلَا تُذَرُّ بِالتَّخَدُّرِ، وَشَرْطُ الْيَمِينِ أَنْ يُطَاقَ الْإِنْكَارُ، وَأَنْ يَقَعَ بَعْدَ عَرْضِ الْقَاضِي، فَلَوْ بَادَرَ قَبْلَ طَلَبِ الْقَاضِي، لَمْ يُعْتَدَ بِهِ.

(وَأَمَّا الْمَخْلُوفُ عَلَيْهِ)، فَيُخَلَفُ عَلَى الْبَيْتِ فِي كُلِّ مَا يَنْسِبُهُ إِلَى نَفْسِهِ مِنْ نَفْيٍ أَوْ إِنْثَابٍ، وَيُخَلَفُ عَلَى الْبَيْتِ فِي الْإِنْثَابِ الْمَنْسُوبِ إِلَى غَيْرِهِ، كَتَبِيعٍ، وَفِي النَّفْيِ يَكْفِي الْحَلْفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، فَيَقُولُ: لَا أَعْلَمُ عَلَى مُوَرِّثِي دِينَا، وَلَا أَعْلَمُ مِنْهُ إِلَّا ثَلَاثاً وَبَيْعاً، وَهَلْ يَبُثُّ فِي نَفْيِ أَرْضِ الْجَنَابَةِ عَنِ الْعَبْدِ؟ وَجَهَانٍ، وَفِي نَفْيِ الْإِثْلَافِ عَنْ بَهِيمَتِهِ الَّتِي قَصَرَ بِتَسْرِيجِهَا، يَجِبُ الْبَيْتُ، ثُمَّ يَحُلُّ لَهُ الْيَمِينُ الْبَيْتُ بِظَنٍّ يَخْصُلُ لَهُ؛ مِنْ خَطِّ، أَوْ قَرِينَةٍ حَالٍ؛ مِنْ نُكُولٍ خَصَصَ وَغَيْرِهِ، وَيُنْظَرُ فِي الْيَمِينِ إِلَى نِيَّةِ الْقَاضِي وَعَقِيدَتِهِ، فَلَا يَصِحُّ تَوَرُّيَةُ الْحَالِفِ، وَلَا قَوْلُهُ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي، وَلَا يَحُلُّ لِلشُّفْعَوِيِّ أَنْ يَخْلِفَ عِنْدَ الْقَاضِي الْحَقَنِيِّ عَلَى نَفْيِ اللُّزُومِ فِي شَفْعَةِ الْجَارِ؛ بِتَأْوِيلِ اعْتِقَادِ نَفْسِهِ، بَلْ إِذَا أَلَزَمَهُ الْقَاضِي، صَارَ لَازِماً ظَاهِراً، وَعَلَيْهِ أَنْ يَخْلِفَ، وَهَلْ يَلْزِمُهُ بَاطِناً؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مُجْتَهِداً، لَمْ يَلْزِمُهُ، وَإِنْ كَانَ مُقَلِّداً، يَلْزِمُهُ بَاطِناً.

(وَأَمَّا الْحَالِفُ)، فَهُوَ كُلُّ مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ دَعْوَى صَحِيحَةٌ، فَيُخَلَفُ (ح م) فِي إِنْكَارِ النَّسَبِ وَالْوَلَاءِ وَالرَّجْعَةِ (ح) وَالنِّكَاحِ وَالظَّهَارِ وَالْإِبْلَاءِ، وَلَا يَخْلِفُ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى؛ إِذْ لَا نِزَاعَ فِيهَا، وَلَا يَخْلِفُ الْقَاضِي وَالشَّاهِدُ^(١)، وَيَخْلِفُ الْقَاضِي بَعْدَ الْعَزْلِ^(٢)، وَلَا يَخْلِفُ الصَّبِيُّ إِذَا ادَّعَى الْبُلُوغَ، بَلْ يُصَدَّقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ، لَمْ يَخْلِفْ، بَلْ يُنْتَظَرُ بُلُوغُهُ، إِلَّا الصَّبِيُّ الْمُشْرِكُ إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ اسْتَنْبَتَ الشَّعْرَ بِالْعِلَاجِ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَخْلِفْ، قُتِلَ. وَقِيلَ: يُخْبَسُ، حَتَّى يَبْلُغَ، ثُمَّ يَخْلِفَ، فَإِنْ نَكَلَ، قُتِلَ.

وَلَا يَخْلِفُ الْوَصِيُّ وَالْقَيْمُ؛ إِذْ لَا يَقْبَلُ إِفْرَازُهُمَا، أَغْنَى بِالذَّيْنِ عَلَى الْمَيْتِ، وَلَا يَخْلِفُ (ح ز و) مَنْ يُنْكِرُ الْوَكَالَهَ بِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ؛ فَإِنَّهُ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَكِيلٌ، فَيَجُوزُ جُحُودُ الْمُوَكَّلِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى وَكَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الْخَصْمِ؟ فِيهِ وَجَهَانٌ.

(وَأَمَّا حُكْمُ الْيَمِينِ)، فَهُوَ أَنْقِطَاعُ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ، لَا بَرَاءَةُ الذَّمَّةِ، بَلْ لِلْمُدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ؛

(١) قال الرافعي: «ولا يحلف القاضي والشاهد» هذا قد سبق في آخر الباب الأول من أدب القضاء، ومرة

أخرى في دعاوى. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويحلف القاضي بعد العزل» هذا وجه والميل إلى الآخر أكثر. [ت]

أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ، وَيَعْتَذِرَ بِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ؛ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً^(١)، فَإِنْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لَا بَيِّنَةَ لَهُ حَاضِرَةً وَغَائِبَةً، فَفِي الْقَبُولِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ قَالَ: كَذَبَ شُهُودِي، بَطَلَتِ الْبَيِّنَةُ، وَفِي بُطْلَانِ دَعْوَاهُ وَجْهَانِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: لَا تَبْطُلُ، فَأَدَّعَى الْخَصْمُ إِفْرَارَهُ بِكَذِبِ الشُّهُودِ، وَأَرَادَ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ شَاهِدًا، وَيَخْلِفَ مَعَهُ؛ لِيَسْقِطَ الْبَيِّنَةَ، لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الطُّغْنُ، وَإِنْ قُلْنَا: تَبْطُلُ دَعْوَاهُ، جَارَتْ الْحُجَّةُ النَّاقِصَةُ؛ لِإِسْقَاطِ الدَّعْوَى بِالْمَالِ، وَلَوْ قَالَ: حَلَفَنِي مَرَّةً، فَلْيَخْلِفْ عَلَيَّ أَنَّهُ مَا حَلَفَنِي، سَمِعَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَلَوْ أَجَابَهُ بِأَنَّهُ حَلَفَنِي مَرَّةً عَلَى أَنِّي مَا حَلَفْتُهُ، فَلْيَخْلِفْ عَلَيَّ أَنَّهُ مَا حَلَفَنِي، لَمْ يُسْمَعْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَسَلَّلُ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: التُّكُولُ)، وَلَا يَبْثُ (م) الْحَقُّ بِهِ، وَلَكِنْ تُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعِي، إِذَا تَمَّ تَكْوُلُهُ، وَيَتِمُّ بِأَنْ يَقُولَ: لَا أَخْلِفُ، أَوْ أَنَا نَاكِلٌ، أَوْ سَكَتَ، وَقَالَ الْقَاضِي: قَضَيْتُ بِالتُّكُولِ، أَوْ قَالَ لِلْمُدَّعِي: أَخْلِفْ، وَيَتَّبِعِي أَنْ يَغْرَضَ الْقَاضِي الْيَمِينَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، وَيَشْرَحَ لَهُ حُكْمَ التُّكُولِ، فَإِنْ لَمْ يَشْرَحْ، وَقَضَى بِالتُّكُولِ، فَرَجَعَ، وَقَالَ: لَمْ أَعْرِفْ حُكْمَ التُّكُولِ، فَفِي جَوَازِ الْحَلْفِ خِلَافٌ (و).

وَحَيْثُ مَنَعَتْهُ، فَلَوْ رَضِيَ الْمُدَّعِي بِيَمِينِهِ، فَفِي جَوَازِهِ وَجْهَانِ، ثُمَّ الْمُدَّعِي، إِنْ نَكَلَ، فَتَكْوُلُهُ كَحَلْفِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ حَلَفَ فَهُوَ كإِفْرَارِ الْخَصْمِ أَوْ كَبَيِّنَةٍ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْحَقَّ بِهِ، وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي: أَمْهَلُونِي، أَمْهَلْنَاهُ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّهُ عَلَى اخْتِيَارِهِ فِي تَأْخِيرِ الطَّلَبِ، أَمَّا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَا يُمْهَلُ، فَلَوْ لَمْ يَرْجِعْ بَعْدَ ثَلَاثٍ، بَطَلَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ، وَكَانَ كَتَكْوُلِهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ عَلَى خَيْرَتِهِ أَبَدًا.

وَكَذَا الْكَلَامُ فِيمَا لَوْ أَقَامَ شَاهِدًا، وَأَرَادَ أَنْ يَخْلِفَ مَعَهُ، ثُمَّ نَكَلَ، فَالصَّحِيحُ (و)؛ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ، إِلَّا بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ، وَيَعْتَذَرُ رَدُّ الْيَمِينِ حَيْثُ يَكُونُ الْمُدَّعَى السُّلْطَانُ.

فَإِنْ نَكَلَ رَبُّ مَالِ الرِّكَاءَةِ، لَمْ يَخْلِفِ السَّاعِي، بَلْ يُقْضَى بِالتُّكُولِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيُخْبَسُ؛ عَلَى وَجْهِ حَتَّى يَخْلِفَ أَوْ يُقَرَّ، وَالذَّمُّ إِذَا أَدَّعَى؛ أَنَّهُ أَسْلَمَ قَبْلَ انْقِضَاءِ السَّنَةِ، ثُمَّ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، فَيُخْبَسُ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَيُقْضَى عَلَيْهِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَلَا يُطْلَبُ مِنْهُ شَيْءٌ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَوَلَدُ الْمُزْتَرِّقَةِ، إِذَا أَدَّعَى الْبُلُوغَ، وَائْتِمَهُ، وَنَكَلَ، لَمْ يَبْثُ (و) أَسْمُهُ إِلَى أَنْ يُعْلَمَ بُلُوغُهُ.

وَمَنْ مَاتَ، وَلَا وَارِثَ لَهُ، فَأَدَّعَى الْقَاضِي لَهُ دَيْنًا عَلَى إِنْسَانٍ، فَنَكَلَ، حُسَّ؛ عَلَى وَجْهِ؛

(١) قال الرافعي: «ويعتذر بأنه لم يعلم أن له بيينة» هذا لا يشترط في صورة المسألة، بل له إقامة البيينة، وإن لم يعتذر فلو لم يذكره لم تقصّر. [ت]

حَتَّى يُقَرَّ أَوْ يَخْلَفَ .

وَقَضِيَ عَلَيْهِ بِالْمَالِ؛ عَلَى وَجْهِ .

وَيُنْزَلُ؛ عَلَى وَجْهِ، وَهُوَ أَبْعَدُ هَهُنَا مِنْهُ فِي الدَّمِيِّ .

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ الْبَيِّنَةُ)، وَقَدْ ذَكَرْنَا شُرُوطَهَا، فَإِنْ تَعَارَضَتَا، وَلَا تَرْجِيحَ؛ فَلَا يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى فِي أَيْدِيهِمَا، أَوْ فِي يَدِ ثَالِثٍ .

فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَالْبَيِّنَتَانِ يَتَسَاقَطَانِ (ح)؛ عَلَى قَوْلٍ .

وَتُوجِبُ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَى قَوْلٍ .

وَيُفْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَى قَوْلٍ؛ فَيُسَلَّمُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ .

وَيَتَوَقَّفُ إِلَى الصُّلْحِ عَلَى قَوْلٍ، وَلَا يَجْرِي قَوْلُ الْقِسْمَةِ وَالصُّلْحِ فِي (و) الزَّوْجَةِ الْمُتَنَازِعَةِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ^(١) وَفِي جَرَيَانِ قَوْلِ الْقُرْعَةِ خِلَافًا، فَإِذَا تَكَادَبَتِ الْبَيِّنَتَانِ صَرِيحًا، لَمْ يَتَّجِهْ إِلَّا التَّهَارُ؛ كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْقَتْلِ فِي وَقْتٍ، وَشَهِدَ الْآخَرُ عَلَى الْحَيَاةِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ نَفْسِهِ .
وَقِيلَ بِطَرْدِ بَقِيَّةِ الْأَقْوَالِ ^(٢) أَيْضًا .

وَلَوْ أَقَرَّ الثَّالِثُ لِأَحَدِهِمَا، فَهَلْ يُنْزَلُ إِفْرَاؤُهُ مَنْزِلَةُ الْيَدِ حَتَّى تَرْجَحَ الْبَيِّنَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

(الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ فِي يَدَيْهِمَا، وَلَا يَخْفَى إِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ أَنْ تَجْرِيَ الْأَقْوَالُ، وَلَكِنْ إِذَا قُلْنَا بِالتَّهَارُ، فَهَهُنَا تَبْقَى الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدَّعٍ فِي النُّصْفِ مُدَّعَى عَلَيْهِ فِي النُّصْفِ، فَيَخْلَفُ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى نَفْسِهِ مَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، وَلَا يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلْإِثْبَاتِ بِخِلَافِ التَّحَالُفِ فِي الْبَيْعِ؛ إِذِ النُّصْفُ هَهُنَا مُمَيَّزٌ عَنِ النُّصْفِ وَثَمَةً؛ لَا يَتَمَيَّزُ الْمُدَّعَى عَنِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ .

وَقِيلَ فِي وُجُوبِ الْجَمْعِ بَيْنَ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالنَّفْلِ وَالتَّخْرِيجِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ الْأَوَّلُ عَلَى النَّفْيِ، فَكَلَّ الثَّانِي، رُدَّ عَلَيْهِ الْيَمِينُ، فَيَخْلَفُ عَلَى الْإِثْبَاتِ، وَإِنْ نَكَلَ الْأَوَّلُ الَّذِي بَدَأَ بِهِ الْقَاضِي؛ تَحَكُّمًا، أَوْ بِالْقُرْعَةِ، اجْتَمَعَ عَلَى الثَّانِي يَمِينُ النَّفْيِ لِلنُّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ، وَيَمِينُ الْإِثْبَاتِ لِلنُّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ شَرِيكِهِ؛ فَيَكْفِيهِ يَمِينُ وَاحِدَةٍ تَجْمَعُ بَيْنَ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ .

وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ يَمِينَيْنِ .

أَمَّا إِذَا وَجَدَ التَّرْجِيحَ، فَمَدَارِكُ التَّرْجِيحِ ثَلَاثَةٌ .

(١) قال الرافعي: «ولا يجري قول القسمة، والصلح في الزوجة المتنازعة بين رجلين» الظاهر جريان قول الصلح، وهو الوقف. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإذا تكادبت البيئتان صريحاً... إلى قوله وقيل بطرد بقية الأقوال» الأول أرجح عند صاحب الكتاب، والأشهر الثاني. [ت]

(المَدْرُكُ الْأَوَّلُ): قُوَّةُ الْحُجَّةِ؛ فَيُقَدَّمُ شَاهِدَانِ عَلَى شَاهِدٍ وَيَمِينٌ؛ فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، فَلَوْ اقْتَرَنْتِ الْيَدُ بِالْحُجَّةِ الضَّعِيفَةِ، فَوَجْهَانِ: ^(١)

(أَحَدُهُمَا): أَنَّ الْيَدَ أَوْلَى.

(الثَّانِي): أَنَّهُمَا يَتَعَادَلَانِ.

أَمَّا إِذَا كَانَ شُهُودُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ أَوْ أَغْدَل، فَلَا تَرْجِيحُ بِهِ (م)؛ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ أَصْلًا؛ بِخِلَافِ الرُّوَايَةِ؛ وَكَذَا لَا تَرْجِيحُ لِرَجُلَيْنِ عَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

(المَدْرُكُ الثَّانِي: الْيَدُ)، فَيُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ عَلَى بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، وَلَكِنْ إِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، وَلَوْ أَرَادَ إِقَامَتَهَا قَبْلَ دَعْوَى مُدَّعِي التَّنْجِيلِ، لَمْ يَجُزْ (و) وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الدَّعْوَى لِإِسْقَاطِ الْيَمِينِ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ وَقَبْلَ التَّعْدِيلِ، فَوَجْهَانِ، أَمَّا إِذَا أَقَامَ بَعْدَ إِزَالَةِ يَدِهِ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ، أَوْ أَدَّعَى مِلْكًا سَابِقًا، فَهَلْ يُقَدَّمُ بِسَبَبِ يَدِهِ الَّتِي سَبَقَ الْقَضَاءُ بِإِزَالَتِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الْقَضَاءِ وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ يُقَدَّمَ، ثُمَّ إِذَا قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ، فَهَلْ يَخْتَاجُ إِلَى أَنْ يَخْلِفَ مَعَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ (و).

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَسْتَعْمَلُ بَيِّنَتَهُ إِلَّا فِي إِسْقَاطِ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، فَيَبْقَى عَلَيْهِ الْيَمِينُ؛ كَمَا كَانَ. (فَرَعَانِ):

(الْأَوَّلُ): الدَّاخِلُ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، فَأَدَّعَى الشَّرَاءَ مِنَ الْمُدَّعِي، أَوْ ثَبَتَ الدَّيْنُ، فَأَدَّعَى الْإِبْرَاءَ، فَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً، سُمِعَتْ قَبْلَ إِزَالَةِ الْيَدِ وَتَوْفِيَةِ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً، طُولِبَ فِي الْوَقْتِ بِالتَّسْلِيمِ، ثُمَّ إِذَا أَقَامَ، اسْتَرَدَّ.

(الثَّانِي): مَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِمِلْكٍ، لَمْ تُسْمَعْ بَعْدَ دَعْوَاهُ، حَتَّى يَدَّعِيَ تَلَقِّي الْمِلْكِ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ، فَهَلْ يَخْتَاجُ بَعْدَهُ فِي الدَّعْوَى إِلَى ذِكْرِ التَّلَقِّي مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَالْأَجَنِبِيُّ لَا يَخْتَاجُ إِلَيْهِ؛ إِذِ الْبَيِّنَةُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ؛ فَلَهُ دَعْوَى الْمِلْكِ مُطْلَقًا.

(المَدْرُكُ الثَّالِثُ: اشْتِمَالُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى زِيَادَةٍ)، وَهِيَ أَقْسَامُ:

(الْأَوَّلُ) زِيَادَةُ التَّارِيخِ ^(٢)، فَإِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ، أَنَّهُ مَلَكَهُ مُنْذُ سَنَةٍ، وَالْأُخْرَى مُنْذُ سَتَيْنِ، فَفِي

(١) قال الرافي: «فلو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة فوجهان... إلى آخرها» قيل: فيه قولان. ترجيح صاحب الكتاب اليد، وترجيح لآخر. [ت]

(٢) قال الرافي: «المدرک الثالث اشتمال إحدى البينتين على زيادة وهي أقسام الأول: زيادة التاريخ»، ثم قال الطرف الثاني في العقود، والثالث في الموت ترتيب الكتاب من هنا إلى آخر الباب مضطرب، فإن زيادة التاريخ تدخل في العقود والموت، كما في الأموال المطلقة ولا ينبغي أن يدخل بعض أقسام التقسيم في بعض، ويجوز أن يقول في أول الركن تعارض البينتين قد يقع في الأملاك، وقد يقع في غيرها كالعقود والموت والوصية، فهذه أطراف: الأول في الأملاك والبيتان المتعارضتان فيها، إما أن يخلو عن الترجيح=

تَقْدِيمِ السَّابِقِ قَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً، وَالْأُخْرَى مُؤَرَّخَةً أَوْ مُضَافَةً إِلَى سَبَبٍ، مِنْ نِتَاجِ أَوْ شِرَاءٍ، أَوْ زَرَاعَةٍ، فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانٍ، وَأَوَّلَى بِالْأَيُّ رَجَحَ الْمُقَيَّدُ، فَإِنْ جَعَلْنَا لِلْسَّبَقِ أَثْرًا، فَكَانَ السَّبَقُ فِي جَانِبِ الْيَدِ فِي جَانِبٍ، قَدْ مِ الْيَدِ؛ عَلَى وَجْهِ، وَالسَّبَقُ؛ عَلَى وَجْهِ، وَيَتَعَادَلَانِ؛ عَلَى وَجْهِ.

(قُرُوعٌ):

(الْأَوَّلُ): لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِمِلْكِهِ بِالْأَمْسِ، وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ، لَمْ تُسْمَعْ (و) حَتَّى يَقُولَ: هُوَ مِلْكُهُ فِي الْحَالِ، أَوْ لَا أَعْلَمُ لَهُ مُزِيلًا، فَإِنْ قَالَ: لَا أَدرِي، زَالَ أَمْ لَا، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقِدُ أَنَّهُ مِلْكُهُ؛ بِمُجَرَّدِ الْإِسْتِضْحَاحِ، فَبَقِيَ قَبُولُهُ خِلَافًا، أَمَّا لَوْ شَهِدَ بِأَنَّهُ أَقَرُّ لَهُ بِالْأَمْسِ، ثَبَتَ الْإِقْرَارُ، وَيُسْتَضْحَبُ (و) مُوجِبُ الْإِقْرَارِ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضِ الشَّاهِدُ لِلْمِلْكِ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: كَانَ مِلْكَكَ بِالْأَمْسِ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُتَزَعُّ مِنْ يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَحْقِيقٍ، فَيُسْتَضْحَبُ؛ بِخِلَافِ الشَّاهِدِ؛ فَإِنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَخْمِينٍ؛ حَتَّى لَوْ قَالَ الشَّاهِدُ: هُوَ مِلْكُهُ بِالْأَمْسِ، اشْتَرَاهُ مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، أَوْ أَقَرُّ لَهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْأَمْسِ، فَيُسْمَعُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَدَّ إِلَى تَحْقِيقٍ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِ الْمُدَّعَى بِالْأَمْسِ، قَبْلَ، وَجُعِلَ الْمُدَّعَى صَاحِبَ يَدٍ^(١).

(الْفَرْعُ الثَّانِي): الْبَيِّنَةُ الْمُطْلَقَةُ لَا تُوجِبُ تَقْدِيمَ زَوَالِ الْمِلْكِ عَلَى مَا قَبْلَ الْبَيِّنَةِ؛ حَتَّى لَوْ شَهِدَ عَلَى دَابَّةٍ، فَنِتَاجُهَا قَبْلَ الْإِقَامَةِ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَالشَّمْرَةُ الْبَادِيَةُ عَلَى الشَّجَرَةِ أَيْضًا كَذَلِكَ، وَالظَّاهِرُ (و)، أَنَّ الْجَنِينَ حَالُ الشَّهَادَةِ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، وَإِنْ أُمِكنَ أَنْفِصَالُهُ بِالسَّيِّعِ وَبِالْوَصِيَّةِ، وَمَعَ هَذَا فَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ، إِذَا أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ، رَجَعَ عَلَى الْبَائِعِ، بَلْ لَوْ أَخَذَ مِنَ الْمُتَّهِبِ مِنَ الْمُشْتَرِيَّ، أَوْ مِنَ الْمُشْتَرِيَّ مِنَ الْمُشْتَرِيَّ، رَجَعَ الْأَوَّلُ أَيْضًا، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ إِذَا لَمْ يَدَّعِ عَلَى الْمُشْتَرِيَّ قَبْلَ إِزَالَةِ مِلْكِهِ مِنْهُ، عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ سَابِقٌ، فَيُطَالِبُ الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ، وَعَجِيبٌ أَنْ يُتْرَكَ فِي يَدِهِ نِتَاجُ حَصَلِ قَبْلَ الْبَيِّنَةِ وَبَعْدَ الشَّرَاءِ، ثُمَّ هُوَ يَزْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ، وَلَكِنْ أَطْلَقَ الْأَصْحَابُ الْكَلَامَ كَذَلِكَ، فَلَا يَبْعُدُ (و) أَنْ يُقَالَ: لَا يُرْجَعُ إِلَّا إِذَا أَدَّعَى مِلْكًا سَابِقًا عَلَى شِرَائِهِ.

(الثَّالِثُ): إِذَا أَدَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا، فَذَكَرَ الشَّاهِدُ الْمِلْكَ وَسَبَبَهُ، لَمْ يَضُرَّ، وَلَكِنْ لَوْ أَرَادَ التَّرْجِيحَ بِالسَّبَبِ، وَجَبَ إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ بَعْدَ الدَّعْوَى لِلْسَّبَبِ، وَلَوْ ذَكَرَ الشَّاهِدُ سَبَبًا آخَرَ سِوَى مَا ذَكَرَهُ الْمُدَّعَى، تَنَاقُضَتِ الشَّهَادَةُ وَالْدَّعْوَى، فَلَا تُسْمَعُ عَلَى أَضْلٍ الْمِلْكِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي الْعُقُودِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الْأَوَّلَى): إِذَا قَالَ: أَكْرَيْتُكَ الْبَيْتَ بَعَشْرَةَ، وَقَالَ الْمُكْرِي: بَلْ أَكْرَيْتَ الدَّارَ بِالْعَشْرَةِ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، فَلَا أَصَحُّ أَنْ لَا تَرْجَحَ؛ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَدَّعَى أَحَدُهُمَا

= أَوْ يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ، وَلِلتَّرْجِيحِ سَبَابُ ثَلَاثَةٌ ثَالِثُهَا اشْتِمَالُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى الْآخَرِ. [ت]

(١) قَالَ الرَّافِعِي: «وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِ الْمُدَّعَى بِالْأَمْسِ قَبْلَ وَجُعِلَ الْمُدَّعَى صَاحِبَ يَدٍ»

هَذَا غَيْرُ مُسَاعِدٍ عَلَيْهِ، بَلْ طَرُقَ الْأَصْحَابُ وَالشَّافِعِيُّ مُتَّفِقَةً عَلَى أَنَّ قِيَامَ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْيَدِ بِالْأَمْسِ، كَقِيَامِهَا

عَلَى الْمِلْكِ فِي الْأَمْسِ كَالْوَقْفِ. [ت]

الْكَرَاءَ عَشْرَةً، وَالْآخِرُ عَشْرِينَ، فَبِتَعَارُضَانِ، وَلَا يَجْرِي إِلَّا قَوْلُ التَّهَاتُرِ أَوْ الْقُرْعَةُ، أَمَّا الْقِسْمَةُ، فَلَا يُمَكِّنُ إِذْ الزِّيَادَةُ يَدْعِيهَا أَحَدُهُمَا، وَيَنْفِيهَا الْآخَرُ، وَلَا يُبْتِغَى لِنَفْسِهِ، وَقَوْلُ الْوَقْفِ لَا يُمَكِّنُ (و)؛ إِذْ تَقَوُّتُ الْمَنَافِعُ.

(الثَّانِيَةُ): أَدْعَى رَجُلَانِ دَارًا فِي يَدِ ثَالِثٍ يَزْعُمُ كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَوَفَّرَ الثَّمَنَ، فَإِنْ سَبَقَ تَارِيخُ أَحَدِهِمَا، قُدِّمَ وَإِلَّا جَرَتْ الْأَقْوَالُ الْأَرْبَعَةُ، لَكِنْ إِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لِأَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنَ الدَّارِ، إِمَّا يَقْرَعُوهُ أَوْ قِسْمُوهُ، رُجِعَ إِلَى الثَّمَنِ؛ إِذْ لَا تَضَادُّ فِي اجْتِمَاعِ الثَّمَنَيْنِ، فَلَوْ قَضَيْنَا بِالْقِسْمَةِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ خِيَارُ الْفَسْخِ؛ فَإِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا، رَجَعَ إِلَى الثَّمَنِ، وَكَانَ لِلْآخِرِ أَخْذُ جَمِيعِ الدَّارِ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلُ خَامِسٍ؛ أَنَّهُ يَسْتَعْمَلُ الْبَيْتَةَ فِي فَسْخِ الْعَقْدَيْنِ؛ لِتَعْدِيرِ الْإِمْضَاءِ^(١)، فَيَرْجِعَانِ إِلَى الثَّمَنَيْنِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يَدْعِيَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهِ الْفَأَ مِنْ ثَمَنِ دَارٍ فِي يَدِهِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنْ لَا تَعَارُضَ، وَيُبْتِغَى لِكُلِّ وَاحِدٍ أَلْفٌ فِي ذِمَّتِهِ إِلَّا إِذَا عَيَّنَّا وَقْتًا يَسْتَحِيلُ فِيهِ تَقْدِيرُ عَقْدَيْنِ مُتَعَايِنَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): أَدْعَى عَبْدٌ، أَنَّ مَوْلَاهُ أَغْنَقَهُ، وَأَدْعَى آخَرُ؛ أَنَّ مَوْلَاهُ بَاعَهُ مِنْهُ، فَالْبَيِّنَانِ مُتَعَارِضَتَانِ، وَلَا يُقَدِّمُ (ز) جَانِبُ الْعَبْدِ بِتَقْدِيرِ أَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ.

وَعَلَى قَوْلِ الْقِسْمَةِ يُعْتَقُ نِصْفُ الْعَبْدِ، وَلَا يَسْرِي؛ (و) لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِهِ قَهْرًا^(٢).

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي الْمَوْتِ)، وَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

(الْأُولَى): ابْنُ مُسْلِمٍ، وَآخَرُ نَضْرَانِيٍّ، أَدْعَى الْمُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَ، ثُمَّ مَاتَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ النَّضْرَانِيِّ، وَالْمُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ، إِنْ تَعَارَضَتَا؛ لِأَنَّ الثَّاقِلَةَ أَوْلَى مِنَ الْمُسْتَضْحَبَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَدْعَى الْآبَنُ الْإِزْثَ فِي دَارِ (ح)، وَأَدْعَتْ زَوْجَةُ الْأَبِ؛ أَنَّ أَبَاهُ أَصْدَقَهَا أَوْ بَاعَهَا قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهَا، وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ نَضْرَانِيٍّ، أَنَّهُ نَطَقَ بِالتَّنْصِيرِ، وَمَاتَ عَقِيْبَهُ، فَهُمَا مُتَعَارِضَتَانِ، وَيَجْرِي (و) قَوْلُ الْقِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَشْتَرِكُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ فِي إِزْثٍ، وَلَوْ كَانَ الْمَيِّتُ مَجْهُولَ الدِّينِ، فَأَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ، فَلَا تَرْجِيحَ (ح) وَ) لِبَيِّنَةِ الْإِسْلَامِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً، فَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ بِالتَّضْدِيقِ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْمَالَ فِي يَدِهِمَا، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، لَمْ يُخَصَّصْ بِالتَّضْدِيقِ بَعْدَ إِفْرَازِهِ؛ بِأَنَّهُ مِنْ جِهَةِ الْإِزْثِ، وَيُصَلَّى عَلَى هَذَا الْمَيِّتِ؛ أَخْيَاطًا؛ فَلَعَلَّهُ مُسْلِمٌ.

(الثَّانِيَةُ): مَاتَ نَضْرَانِيٌّ فِي رَمَضَانَ، فَأَدْعَى أَحَدُ أَبْنَائِهِ، أَنَّهُ أَسْلَمَ فِي شَوَّالٍ، فَبَرَّئَهُ، وَقَالَ الْآخَرُ: بَلْ فِي شَعْبَانَ، فَلَا تَرْتُهُ، فَبَيِّنَةُ النَّضْرَانِيِّ أَوْلَى؛ لِأَنَّهَا نَاقِلَةٌ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ، إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْكُفْرِ، وَلَوْ أَسْلَمَ الْآبَنُ فِي رَمَضَانَ، لَكِنْ أَدْعَى أَنَّ الْأَبَ مَاتَ فِي شَعْبَانَ، فَتَقَدَّمُ بَيِّنَتُهُ، لَكِنْ الْقَوْلُ قَوْلُ النَّضْرَانِيِّ، لِأَنَّ الْأَصْلَ دَوَامُ الْحَيَاةِ إِلَى شَوَّالٍ.

(١) قال الرافعي: «وفي المسألة قولٌ خامس أنه يستعمل البيعة في فسخ العقدتين لتعدُّر الإمضاء» الأثبت من رواية هذا القول بطلان العقدتين لا إنشاء الفسخ. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يسري لأنه محكوم به قهراً» هذا أحد الوجهين والأصح عند جماعة السراية منهم القاضي الروياني. [ت]

(الثالثة): لَوْ قَالَ: إِنْ قُتِلْتُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَقَامَتْ بَيِّنَةُ الْوَارِثِ، أَنَّهُ مَاتَ حَنْفَ أَنْفِهِ، وَبَيِّنَةُ الْعَبْدِ؛ أَنَّهُ قُتِلَ، فَقَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: التَّنْوِيهِ.

وَالْآخَرُ: تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الْقَتْلِ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الزِّيَادَةِ.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِي الْعِتْقِ وَالْوَصِيَّةِ)، وَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

(الْأُولَى): إِذَا ثَبَتَ عِتْقُ عَبْدَيْنِ بَيِّنَتَيْنِ؛ كُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِ الْمَرِيضِ الْمُعْتَقِ، عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ؛ إِذَا غَالِبَ أَتَاهُمَا مُتَعَاقِبَانِ، فَيُعْتَقُ السَّابِقُ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا أَشْكَلَ السَّابِقُ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اجْتَمَعَا عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي الْجُمُعَتَيْنِ وَالنَّكَاحَيْنِ، فَإِنْ جُعِلَ كَالْاجْتِمَاعِ، فَيُفْرَغُ، لَكِنْ لَوْ كَانَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ سُدُسَ الْمَالِ، وَخَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ عِتْقًا، وَعَتَقَ مِنَ الْآخَرِ نِصْفَهُ؛ لِتَكْمِلَةِ الثُّلُثِ، وَإِنْ رَأَيْنَا الْقِسْمَةَ، فَيُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلَاثًا.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ النَّفِيسِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ، وَمِنَ الْخَسِيسِ نِصْفُهُ؛ لِأَنَّهُ نِصْفُ النَّفِيسِ حُرٌّ بِكُلِّ حَالٍ، تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ، وَإِنَّمَا الرَّخْمَةُ فِي النُّصْفِ الثَّانِي.

(الثَّانِيَةُ): شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ؛ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِمًا، وَهُوَ ثُلُثٌ، وَشَهِدَ وَارِثَانِ؛ بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ، وَأَعْتَقَ سَالِمًا، وَهُوَ ثُلُثٌ، رَقٌّ (ح م) غَانِمٌ، وَعَتَقَ سَالِمٌ؛ إِذْ لَا ثَهْمَةَ عَلَى الْوَارِثِ؛ لِمَا ذَكَرَ لِلرُّجُوعِ بَدَلًا، فَإِنْ كَانَ سَالِمٌ سُدُسَ الْمَالِ، صَارَ مَتَّهَمًا، فَيُعْتَقُ غَانِمٌ بِالشَّهَادَةِ، وَيُعْتَقُ سَالِمٌ بِالْإِفْرَارِ. وَقِيلَ: إِنَّهُ يُفْرَغُ أَيْضًا، وَيَلْغُو شَهَادَةُ الرُّجُوعِ، وَتَبْقَى شَهَادَةُ الْعِتْقِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ أَوْصَى لِزَيْدٍ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَى بِأَنَّهُ أَوْصَى لِبَكْرِ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَى بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ، فَعَلَى وَجْهِ: تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ بِالرُّجُوعِ الْمُبْهَمِ، وَيُسَلَّمُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ سُدُسٌ.

وَعَلَى وَجْهِ: يَصِغُّ لِتَعْيِينِ الْمَشْهُودِ لَهُ وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، فَيُقَسَّمُ عَلَيْهِمَا سُدُسٌ وَاحِدٌ.

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ وَالْحَاقِ الْقَائِفِ)

وَلَهُ أَزْكَانٌ:

(الْأَوَّلُ: الْمُسْتَلْحَقُّ)، وَيَصِغُّ اسْتِلْحَاقَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ^(١) وَالْمُعْتَقِ، وَفِي الْعَبْدِ وَالْمُعْتَقِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ

(١) قال الراعي: «ويصح استلحاق الحر والعبد» استلحاق العبد والخلاف فيه مذكور في «اللقيط» حيث قال:

ولو استلحقه عبد، فالصحيح من القولين أنه كالحُرِّ في النسب. [ت]

لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى^(١)؛ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ الْوَلَاءِ، وَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ الْمَرْأَةِ^(٢)؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا إِذَا كَانَتْ خَلِيَّةً مِنَ الزَّوْجِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمُلْحِقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُذْلَجِيٍّ مُجْرَبٍ أَهْلٍ لِلشَّهَادَةِ، وَفِي غَيْرِ الْمُذْلَجِيِّ إِذَا تَعَلَّمَ الْقِيَافَةَ وَجْهَانِ، وَتَجَرِبَتُهُ بِأَنْ يُعْرَضَ وَلَدٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ مِنَ النِّسْوَةِ لَيْسَ فِيهِنَّ أَثَمُهُ، ثُمَّ فِي صِنْفٍ رَابِعٍ فِيهِنَّ أَثَمُهُ، فَإِنْ أَصَابَ فِي الْكُلِّ، قُبِلَ قَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْقَائِفِ الذُّكُورَةُ وَالْحُرِّيَّةُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: مَحَلُّ الْعَرَضِ عَلَى الْقَائِفِ)، فَالْمَوْلُودُ إِذَا تَدَاعَاهُ اثْنَانِ، لَمْ يَلْحَقْهُمَا، بَلْ يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، إِذَا كَانَ كَوْنُهُ مِنْهُمَا مُمَكِّناً شَرْعاً؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَطَأَ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ وَطِئَ الثَّانِي بَعْدَ تَخَلُّلِ خِيْضَةٍ، انْقَطَعَ الْإِمْتِكَانُ عَنِ الْأَوَّلِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجاً فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَإِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ، فَفِي انْقِطَاعِ إِمْتِكَانِهِ قَوْلَانِ.

وَمَنْ أَنْفَرَدَ بِدَعْوَةِ مَوْلُودٍ صَغِيرٍ فِي يَدِهِ، لِحَقِّهِ، فَإِنْ بَلَغَ، فَانْتَفَى عَنْهُ، هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٣).

وَإِنْ أَدْعَى نَسَبَ بَالِغٍ، فَأَنْكَرَ، لَمْ يَلْحَقْهُ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ، وَإِنْ سَكَتَ، أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ^(٤)، وَإِنْ أَقَرَّ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْقَائِفِ.

وَمَنْ أَدْعَى نَسَبَ مَوْلُودٍ عَلَى فِرَاشٍ غَيْرِهِ؛ بِأَنْ أَدْعَى وَطْناً بِالشُّبْهَةِ، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ وَاَفَقَهُ الزَّوْجَانِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ بَيِّنَةٍ عَلَى الْوَطْءِ؛ لِحَقِّ الْمَوْلُودِ، وَإِنْ تَدَاعَى صَبِيّاً، وَهُوَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، لِحَقِّ بِصَاحِبِ الْيَدِ خَاصَّةً^(٥).

(١) قال الرافعي: «وفي العبد والمعق وجه أنه لا يثبت نسبه بمجرد الدعوى» المشهور اختلاف القول دون الوجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويصح استلحاق المرأة» المسألة مذكورة في «اللقيط». [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإن بلغ فانتفى عنه فهل يقبل؟ فيه القولان» المشهور الوجهان وقال أيضاً: «فإن بلغ فانتفى عنه هل يقبل؟ فيه قولان» المسألة مذكورة مرة في «الإقرار» وأخرى في «اللقيط». [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن ادعى نسبه بالغ فأنكره لم يلحقه، وإن ألحقه القائف وإن سكت ألحقه القائف» هذا لا يكاد يوجد لغير صاحب الكتاب، وليس هناك إلا واحد يدعيه نعم لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه، وهو ساكت فيعرض على القائف. [ت]

وقال أيضاً: «وإن ادعى نسب بالغ، فأنكر لم يلحقه» هي مذكورة في البابين أيضاً. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن تداعيا صبيّاً، وهو في يد أحدهما ألحق بصاحب اليد خاصة» الأشبه تفصيل أو رده في اللقيط، وهو أن اليد إن كانت عن التقاط لم يؤثر، وإلا فصاحب اليد إن تقدم استلحاقه، وإلا فوجهان. [ت]

وَمَنْ أَسْتَلْحَقَّ، وَأَنْكَرَتْ زَوْجَتُهُ وَلَادَتْهُ، فَهَلْ يُلْحَقُهَا (و) بِمَجَرَّدِ دَعْوَى الْأَبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ،
وَإِذَا لَمْ يَجِدْ قَائِفًا، أَوْ تَحَيَّرَ؛ فَإِنْ بَلَغَ الصَّبِيُّ، حَبَسْنَاهُ حَتَّى يَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا، وَيَكُونَ اخْتِيَارُهُ
كَإِلْحَاقِ الْقَائِفِ؛ حَتَّى لَا يَقْبَلَ رُجُوعُهُ؛ كَمَا لَا يَقْبَلُ رُجُوعُ الْقَائِفِ^(١).

وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى انْتِسَابِ الصَّغِيرِ الْمُتَمَيِّزِ، وَإِنْ وَطِئَا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ، وَحَبِلَتْ، لَكِنْ أَدْعَى
أَحَدُهُمَا الْوَلَدَ، وَسَكَتَ الْآخَرُ، فَفِي قَوْلٍ يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالْمُدَّعِي، وَنَفَقَةُ
الْوَلَدِ قَبْلَ إِلْحَاقِ الْقَائِفِ - عَلَيْهِمَا، ثُمَّ يَرْجِعُ مَنْ قَطَعَ الْقَائِفُ نَسَبَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ، عُرِضَ عَلَى
الْقَائِفِ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ.

(١) قال الرافعي: «وإن لم يجد قائفاً أو تحيّر. . إلى قوله: كما لا يقبل رجوع القائف». يفيدُه قوله في
«اللقيط» [ت].

(كِتَابُ الْعِتْقِ)

وَلَا يَخْفَى أَنَّهُ يَصِخُّ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ لَا يُصَادَفُ إِغْتَاقُهُ حَقًّا لَازِمًا، وَصَرِيحُ لَفْظِهِ الْإِغْتَاقُ وَالتَّخْرِيرُ، أَمَّا فَلَكَ الرَّقَبَةُ، فَهُوَ صَرِيحٌ، عَلَى وَجْهِ.

وَلَوْ قَالَ: يَا حُرَّةُ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ نِدَاءَهَا بِاسْمِهَا الْقَدِيمِ، لَمْ يَقْبَلْ (و) ظَاهِرًا^(١)، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْمُهَا فِي الْحَالِ حُرَّةً.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (يَا إِذَا ذَمَرْد)، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الْوَصْفَ بِالْجُودِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْمُهَا إِذَا ذَمَرْد، أَوْ كَانَ (و) مَعَهُ قَرِينَةٌ، تَدُلُّ عَلَى الْمَذْحِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ: يَا سَيِّدِي، وَلِجَارِيَّتِهِ يَا كَذْبَانُوا، فَهُوَ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ^(٢)، وَلَوْ قَالَ: يَا مَوْلَايَ، فَهُوَ كِنَايَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ: أَغْتَقْتُكَ، لَغَا، إِنْ فُهِمَ مِنْهُ الْإِنْشَاءُ، وَإِنْ فُهِمَ مِنْهُ الْإِفْرَازُ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ، كَانَ مُوَاحِدًا بِهِ.

وَالنَّظَرُ فِي خَوَاصِّ الْعِتْقِ، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الْخَاصَّةُ الْأُولَى: السَّرَايَةُ)، وَمَنْ أَغْتَقَ بَغْضَ عَبْدِهِ سَرَى إِلَى الْبَاقِي، وَكَذَا لَوْ أَغْتَقَ غُضْوًا مُعَيَّنًا، وَلَوْ أَغْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ مِنْ عَبْدٍ، قَوْمٌ (ح) عَلَيْهِ الْبَاقِي بِأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ:

(الْأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا بِمَالٍ فَاضِلٍ عَنْ قُوْتِ يَوْمِهِ وَدَسْتِ ثَوْبٍ؛ كَمَا كَانَ فِي الذُّيُونِ الَّتِي عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ مَالِهِ، فَهُوَ مُعْسِرٌ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٣).

وَالْمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلَّا فِي قَدْرِ الثُّلُثِ، وَالْمَيِّتُ مُعْسِرٌ مُطْلَقًا؛ حَتَّى لَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ، فَتَصِيْبِي مِنْكَ حُرٌّ، لَمْ يَسِرْ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ صَارَ لِلْوَرَثَةِ، وَلَوْ كَانَ مُوسِرًا بِالْبَغْضِ، سَرَى بِذَلِكَ الْقَدْرِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَعَلَى وَجْهِ: لَا يَسْرِي.

(الثَّانِي): أَنْ يُعْتَقَ بِاخْتِيَارِهِ، فَإِنْ وَرَثَ نِصْفَ قَرِيبِهِ، فَعَتَقَ، لَمْ يَسِرْ، وَإِنْ أَكْثَبَ أَوْ اشْتَرَى، سَرَى.

(الثَّالِثُ): أَلَّا يَتَعَلَّقَ بِمَحَلِّ السَّرَايَةِ حَقٌّ لَازِمٌ، فَإِنْ كَانَ تَعَلَّقَ بِهِ زَهْنٌ أَوْ كِتَابَةٌ أَوْ تَذْيِيرٌ أَوْ

(١) قال الرافعي: «فإذا قال: يا حرة ثم قال: أردت نداءها باسمها القديم لم يقبل ظاهراً» هذا وجه والأشبهه القول [ت].

(٢) قال الرافعي: «ولو قال له يا سيدي، ولجاريته (يا كذبانوا) فهو ليس بكناية» هذا الوجه في الأشبه أنه كناية [ت].

(٣) قال الرافعي: «ولو كان عليه دين بقدر ماله، فهو معسر على الأصح» عند الأكثرين أنه موسر والدين لا يمنع السراية [ت].

أَسْتِيلَادُ، فَبِئْسَ الْكُلُّ خِلَافٌ^(١)، وَالْأَسْتِيلَادُ أَوْلَاهَا بِالْمَنْعِ، وَالتَّذْيِيرُ أَوْعَفُهَا.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَمَكَّنَ الْعِنْتُ مِنْ نَصِيْبِهِ أَوَّلًا، فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيْبَ شَرِيْكَى، لَغَا قَوْلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نِصْفَ هَذَا الْعَبْدِ، فَبُغِيَ نِصْفُ جَمِيعِ نِصْفِهِ، وَلَكِنْ لَوْ قَالَ: بَعْتُ هَذَا الْعَبْدَ، فَبُغِيَ نِصْفُ جَمِيعِ شَائِعِ؛ لِيَبْطُلَ فِي الْغَضِ أَوْ يُخَصَّصُ بِنَصِيْبِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ وَكَذَا فِي الْإِفْرَارِ، وَالْأَوَّلَى تَخْصِيصُ الْبَيْعِ بِنَصِيْبِهِ وَإِشَاعَةُ الْإِفْرَارِ، ثُمَّ إِذَا وَجَدْتَ الشَّرْطَ، فَتَتَعَجَّلُ (م) السَّرَايَةُ، عَلَى قَوْلِ، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ؛ عَلَى قَوْلِ.

وَعِنْدَ الْآدَاءِ يَتَبَيَّنُ (م) إِسْنَادُ الْعِنْتِ؛ عَلَى قَوْلِ، وَيَتَبَيَّنُ عَلَى الْأَقْوَالِ مَسَائِلُ:

(الأولى): فِي تَعْجِيلِ تَسْرِيَةِ الْأَسْتِيلَادِ تَجْرِي فِيهِ الْأَقْوَالُ، وَالْعِنْتُ أَوَّلَى بِالتَّعْجِيلِ؛ لِأَنَّهُ تَنْجِيزٌ.

وَقِيلَ عَكْسُهُ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِيلَادَ فِعْلِيٌّ.

(الثَّانِيَةُ): عَبْدٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ، لِأَحَدِهِمْ ثُلُثُهُ، وَلِلْآخَرِ سُدُسُهُ، فَأَعْتَقَا، وَسَرَى، فَالْقِيَمَةُ لِلْسَّرَايَةِ عَلَى عَدَدِ رُؤُسِهِمَا، أَوْ عَلَى قَدَرِ مِلْكِهِمَا؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

(الثَّالِثَةُ): إِذَا حَكَمْنَا بِتَأْخُرِ السَّرَايَةِ، فَيَجِبُ أَقْصَى قِيَمَتِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ إِلَى يَوْمِ الْآدَاءِ.

وَقِيلَ: بَلْ يُعْتَبَرُ يَوْمُ الْآدَاءِ.

وَقِيلَ: بَلْ يَوْمُ الْإِعْتَاقِ^(٣).

وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدَرِ الْقِيَمَةِ، فَالْقَوْلُ الصَّحِيحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْغَارِمُ نَقِيصَةً طَارِيَةً، فَيُخَرِّجُ عَلَى قَوْلِي تَقَابُلِ الْأَصْلَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): إِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ الْآدَاءِ؛ عَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ، فَالْقِيَمَةُ فِي تَرْكِتِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ، فَبِئْسَ سُقُوطُ الْقِيَمَةِ وَجْهَانِ، وَلَا يَنْفَذُ بَيْعُ الشَّرِيْكَ قَبْلَ الْآدَاءِ، وَفِي إِعْتَاقِهِ وَجْهَانِ، وَمَهُمَا أَعْسَرَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ الْآدَاءِ، أَرْتَفَعَ الْحَجْرُ عَنِ الشَّرِيْكَ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: مَهْمَا أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ، فَنَصِيْبِي حُرٌّ، فَأَعْتَقَ الْمَقُولُ لَهُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، عَتَقَ كُفْلُهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ أَقْوَى مِنَ التَّغْلِيْقِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا، نَفَذَ عَلَى الْمُعْلَقِ، وَإِنْ قَالَ: فَنَصِيْبِي قَبْلَهُ حُرٌّ، فَهُوَ دَوْرٌ، وَيَمْتَنِعُ عَلَى الْمَقُولِ لَهُ عِنْدَ مَنْ يُبْطِلُ الدَّوْرَ اللَّفْظِيَّ.

(السَّادِسَةُ): لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ، وَأَنْتَ مُوسِرٌ، فَأَنْكَرَ، عَتَقَ نَصِيْبُ الْمُدَّعِي مَجَانًا، وَلَهُ

(١) قال الرافعي: «فإن كان تعلق به رهن أو كتابة أو تدبير أو استيلاد، ففي الكل خلاف»، وفي التدبير والاستيلاد قولان [ت].

(٢) قال الرافعي: «عبد بين ثلاثة، لأحدهم ثلثه، وللآخر سدسه فأعتقا... إلى قوله قولان» هذه طريقة، والأظهر عند الأصحاب القطع بأن قسمة ما سرى إليه على عدد الرؤوس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «إذا حكمنا بتأخر السراية فيجب أقصى قيمته... إلى قوله وقيل بل يوم الاعتاق» النظم يشعر بترجيح الأول، والذي أورده الأكثرون اعتبار قيمة يوم الاعتاق [ت].

أَنْ يُحَلِّفَهُ، فَإِنْ نَكَلَ، اسْتَحَقَّ بِالْيَمِينِ الْمَزْدُودَةَ قِيمَةَ نَصِيهِ، وَلَمْ يُعْتَقْ (و) نَصِيبُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَابًا، فَنَصِيبِي حُرٌّ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ لِلشُّكِّ.

فَإِنْ اشْتَرَى الْعَبْدَ ثَالِثٌ، حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ النِّصْفِ فِي يَدِهِ لِلْيَقِينِ، وَلَمْ يَكُنْ (و) لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا رُجُوعٌ بِالشَّمَنِ.

(الْخَاصِيَّةُ الثَّانِيَةُ: عَتَقَ الْقَرَابَةَ)، وَمَنْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ أَحَدُ أُنْعَاضِهِ، أَعْنِي أَصُولَهُ وَفُرُوعَهُ، عَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ النَّبَرِ، سِوَاةِ دَخَلَ قَهْرًا بِالْإِزْثِ أَوْ اخْتِيَارًا بِالْعَقْدِ، فَلَا يَغْتَنِقُ (ح م) مَنْ عَدَا الْأُبْعَاضَ، وَلَا يَشْتَرِي الطِّفْلَ قَرِيبَهُ، وَلَكِنْ يَتَّهَبُ الْوَلِيُّ لَهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بِحَيْثُ تَجِبُ الثَّقَفَةُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَبِلَ لَهُ هِبَةٌ يَنْصِفُ قَرِيبَهُ، لَمْ يَصِحَّ؛ حَدَرًا مِنَ السَّرَايَةِ. وَقِيلَ: يَصِحُّ، وَلَا يَسْرِي.

وَالْمَرِيضُ إِذَا اشْتَرَى قَرِيبَهُ، عَتَقَ إِنْ وَفَّى بِهِ ثُلُثُهُ، وَإِلَّا لَمْ يَغْتَنِقْ، وَإِنْ مَلَكَهُ بِإِزْثٍ أَوْ هِبَةٍ، فَيُخَسَّبُ مِنَ رَأْسِ الْمَالِ، أَوْ الثُّلُثُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، عَتَقَ عَلَى الْمَخْجُورِ الْمُفْلِسِ أَيْضًا، وَالْمَدْيُونِ، وَالْمَرِيضِ، وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِمُحَابَاةٍ، فَقَدَّرَ الْمُحَابَاةَ يُخْرِجُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَالْبَاقِي لَا يَغْتَنِقُ، وَلَوْ قَهَرَ الْحَزْبِيُّ حَزْبِيًّا، مَلَكَهُ، وَصَحَّ بَيْعُهُ مِنَ الْمُسْلِمِ، فَإِنْ قَهَرَ أَبَاهُ، فَهَلْ يَصِحُّ بَيْعُهُ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ مَاخُذُهُمَا دَوَامُ الْقَهْرِ الْمُبْطِلُ لِلْعَتَقِ، إِنْ فُرِضَ، وَدَوَامُ الْقَرَابَةِ الدَّافِعَةُ لِمِلْكِ الْقَهْرِ، وَلَوْ اشْتَرَى نِصْفَ قَرِيبِهِ، عَتَقَ وَسَرَى عِنْدَ شُرُوطِهِ، وَلَوْ وَرِثَ، لَمْ يَسِرْ، وَلَوْ قَبِلَ وَكَيْلَهُ، فَاخْتِيَارًا وَكَيْلَهُ كَاخْتِيَارِهِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَغْضِ أَبِيهِ، فَمَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ، فَقَبِلَهُ لَهُ أَخُوهُ، سَرَى عَلَى الْمَيِّتِ، إِنْ وَفَّى بِهِ الثُّلُثُ، وَكَأَنَّهُ قَبِلَ فِي الْحَيَاةِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَغْضِ ابْنِ أَخِيهِ، فَمَاتَ، فَقَبِلَ أَخُوهُ لَهُ، لَمْ يُعْتَقْ عَلَى الْآخِ؛ فِي وَجْهِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَخْصُلُ لِلْمَيِّتِ، ثُمَّ لَهُ؛ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ غَيْرَ مَقْصُودٍ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَغْضُ قَرِيبِهِ بِرَدِّ عَوْضِهِ بِالْعَيْبِ، لِأَنَّهُ رَجَعَ غَيْرَ مَقْصُودٍ.

(الْخَاصِيَّةُ الثَّالِثَةُ: امْتِنَاعُ الْعَتَقِ بِالْمَرَضِ)، فَإِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ ثُلُثَهُ فَقَطْ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ، فَإِنْ مَاتَ هَذَا الْعَبْدُ قَبْلَ السَّيِّدِ، فَيَمُوتُ رَقِيقًا كُلُّهُ، أَوْ حُرًّا، أَوْ ثُلُثُهُ حُرٌّ، وَثُلَاثَاهُ رَقِيقٌ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، وَتُظْهَرُ فَايْدَتُهُ فِيمَا لَوْ وَهَبَ وَأَقْبَضَ، فَمَاتَ فِي مُؤَنَةِ التَّجْهِيزِ، أَمَا لَوْ قَتَلَهُ الْمُتَّهَبُ، فَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مَا وَرَاءَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَغْنِدٍ، وَمَاتَ وَاحِدٌ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَيُجْعَلُ كَالْمَعْدُومِ أَمْ يَدْخُلُ الْمَيِّتُ فِي الْقَرْعَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و)، فَإِنْ قُلْنَا: يَدْخُلُ، فَلَوْ خَرَجَ عَلَيْهِ، رَقِيَ الْآخَرَانِ، وَلَوْ خَرَجَ عَلَى إِحْدَى الْجَهَنَّتَيْنِ، لَمْ يَغْتَنِقْ إِلَّا ثُلَاثَاهُ، وَمَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ قَبْلَ امْتِنَادِ يَدِ الْوَارِثِ إِلَيْهِ، هَلْ يَكُونُ كَالْمَوْتِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْخِلَافَ فِي مَوْتِهِ قَبْلَ الْقَرْعَةِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، لِأَنَّهُ مَخْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

(الْخَاصِيَّةُ الرَّابِعَةُ الْقَرْعَةُ)، وَمَحَلُّهَا أَنْ يُعْتَقَ عَبِيدًا مَعًا، يَقْصُرُ الثُّلُثُ عَنْهُمْ، وَلَوْ أَعْتَقَ عَلَى تَرْتِيبٍ، فَالسَّابِقُ مُقَدَّمٌ، وَلَوْ أَوْصَى عَلَى تَرْتِيبٍ أَوْ جَمْعٍ، أَفْرَعَ.

وَقِيلَ: لَا قُرْعَةَ فِي الْوَصِيَّةِ، بَلْ يُقَسَّمُ عَلَيْهِمْ.

وَلَوْ قَالَ: الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُرٌّ، فَفِي إِجْرَاءِ الْقُرْعَةِ وَجْهَانِ، وَأَسْهَلُ طُرُقِ الْقُرْعَةِ، إِذَا كَانُوا ثَلَاثَةً: أَنْ يُكْتَبَ الرُّقْ عَلَى رُفْعَتَيْنِ، وَالْحُرِّيَّةُ عَلَى رُفْعَةٍ، وَتُذَرَجَ فِي بَنَادِقٍ مُتَشَابِهَةٍ، وَتُعْطَى صَبِيًّا، حَقٌّ يُعْطَى كُلُّ عَبْدٍ وَاحِدًا، وَلَا يَتَعَيَّنُ الْكَاعِدُ، بَلْ يَجُوزُ بِالْخَشَبِ وَالنُّوَى، وَلَا يَجُوزُ بِشَيْءٍ آخَرَ فِيهِ خَطَرٌ؛ كَقَوْلِهِمْ: إِنْ طَارَ غُرَابٌ ففَلَانٌ يَتَعَيَّنُ لِلْحُرِّيَّةِ.

(أَمَّا كَيْفِيَّةُ التَّجْرِزَةِ)، فَسَهْلٌ، إِذَا أَمَكَنَّ تَجْرِزَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْقِيَمَةِ، وَلَا بَأْسَ إِنْ لَمْ يَتَسَاوِ عَدَدُهُمْ، بَلْ يُجَبِّرُ الْخَسِيسُ بِالْقَيْسِ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ كَمَا لَوْ كَانُوا ثَمَانِيَةَ أَعْبِدَ، قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِائَةٌ، فَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ تَجْرِزَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ أَجْزَاءٍ تَقْرُبُ مِنَ التَّثْلِيثِ فِي الْقِيَمَةِ؛ فَيُجَزَّوْنَ إِلَى ثَلَاثَةِ وَثَلَاثَةٍ وَأَنْتَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى ثَلَاثَةٍ، أَنْحَصَرَ الْعِنَقُ فِيهِمْ، ثُمَّ يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمٍ رَقٍّ وَسَهْمِي عِنَقٍ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ الرُّقْ، رَقٌّ ثَلَاثَةٌ؛ لِيُزَجَعَ كُلُّ الْعِنَقِ إِلَى قَدْرِ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ عَلَى أَنْتَيْنِ، عَتَقَا، ثُمَّ يُعَادُ بَيْنَ السَّتَّةِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ الْعِنَقُ لِوَاحِدٍ، فَبِرَقِّ ثَلَاثَةٍ، وَيَعْتَقُ ثَلَاثَةً.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ التَّثْلِيثَ لَا يَجِبُ، بَلْ يَجُوزُ الْقُرْعَةُ كَيْفَ اتَّفَقَ، إِلَى أَنْ يُؤَدَّى إِلَى الْمَقْصُودِ.

وَقِيلَ: هَذَا الْخِلَافُ فِي الاسْتِخْبَابِ دُونَ الاسْتِحْقَاقِ.

فُرُوعٌ:

(الْأَوَّلُ): إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ رُبْعِ التَّرِكَةِ، وَلَا مَالٌ لَهُ إِلَّا عَبِيدٌ قَدْ أَعْتَقَهُمْ، فَيُجَزَّأُ الْعَبِيدُ بِأَرْبَعَةِ أَجْزَاءٍ، وَيُفْرَعُ لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ، فَإِذَا خَرَجَ عَلَى جِزءٍ سَهْمُ الدَّيْنِ، يَبِيعُ أَوَّلًا فِي الدَّيْنِ، وَقَدَّرَ الْبَاقِي، كَأَنَّهُ كُلُّ الْمَالِ، فَيُفْرَعُ لِإِعْتِاقِ الثُّلُثِ مِنْهُمْ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُفْرَعَ دَفْعَةً وَاحِدَةً لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ وَالْعِنَقِ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَسْبِقُ قُرْعَةُ الْعِنَقِ، وَلَا يُمَكِّنُ تَنْفِيزُهُ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ.

وَقِيلَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ ثُمَّ يَتَوَقَّفُ الْعِنَقُ عَلَى الْقَضَاءِ.

وَإِذَا دَفَعْنَا بَعْضَ الْعِنَقِ؛ لِأَجْلِ الدَّيْنِ، فَظَهَرَ لِلْمَيِّتِ دَفِينٌ، تَبَيَّنَّا نَفْوَ الْعِنَقِ.

(الثَّانِي): إِذَا أَتَاهُمُ الْعِنَقُ بَيْنَ جَارِيَتَيْنِ، هَلْ يَكُونُ الْوَطْءُ تَعْيِينًا لِلْمِلْكِ فِي الْمَوْطُوءَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي اللَّمَسِ بِالشَّهْوَةِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَهُوَ الْأَسْتِخْدَامُ لَا يُعَيَّنُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و).

(الثَّالِثُ): إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكَتِهِ: أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ، فَهُوَ حُرٌّ، فَوَلَدَتْ مَيِّتًا، أُنْحَلَّتِ الْيَمِينُ، وَلَمْ يَعْتَقِ الْحَيُّ بَعْدَهُ.

(الرَّابِعُ): إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكِهِ: أَنْتَ أَهْبِي عَتَقَ عَلَيْهِ، وَلَحِقَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْبَرَ سِنًا مِنْهُ، فَلَا يَعْتَقُ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، فَفِي الْعِنَقِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ.

(الْخَامِسُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِمًا، فَسَالِمٌ حُرٌّ، ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِمًا، وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ،

عَتَقَ غَايِمٌ، وَلَا قُرْعَةَ (و)؛ لِأَنَّهُ زُبْمًا يُخْرَجُ عَلَى سَالِمٍ، فَيُعْتَقُ بِغَيْرِ وُجُودِ الصَّفَةِ.

(السادس): عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ، قَالَ أَحَدُهُمَا إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَابًا، فَنَصِيبِي حُرٌّ، وَقَالَ الْآخَرُ إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، فَلَا يُعْتَقُ شَيْءٌ لِلشَّكِّ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ ثَالِثٌ، حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ نِصْفِهِ فِي يَدِهِ، وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِمَا بِالْثَمَنِ.

(السابع): إِذَا قَالَ لِعَبْدِنِي: أَعْتَقْتُ أَحَدَكُمَا عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلَا، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، وَقُلْنَا الْوَارِثُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي التَّغْيِينِ، فَيُفْرَغُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، عَتَقَ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ رَقَبَتِهِ؛ لِفَسَادِ الْمُسَمَّى بِالْإِبْهَامِ.

وَقِيلَ يَصِحُّ الْمُسَمَّى.

(الثامن): جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ زَوَّجَاهَا مِنْ ابْنِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، فَوَلَدَتْ، عَتَقَ نِصْفُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّهُ جَدُّ (م) الْمَوْلُودِ، وَلَا يَسْرِي؛ إِذْ لَا اخْتِيَارَ، وَلَوْ غَرَّ بِجَارِيَةِ أَبِيهِ، فَفِي لُزُومِ قِيمَةِ الْوَلَدِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُعْتَقُ عَلَى الْجَدِّ لَوْلَا ظَنُّهُ.

(الخاصية الخامسة: الولاء): ، وَالنَّظَرُ فِي سَبَبِهِ وَحُكْمِهِ:

(أَمَّا السَّبَبُ)، فَهُوَ زَوَالُ الْمِلْكِ بِالْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ زَالَ مِلْكُهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَنْ رَقِيقٍ، فَهُوَ مَوْلَاهُ، سَوَاءً نَجَزَ عَقْدَهُ، أَوْ عَلَقَ، أَوْ دَبَّرَ، أَوْ اسْتَوْلَدَ، أَوْ كَاتَبَ، أَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ بِعَوْضٍ، أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ.

وَحَقِيقَةُ الْوَلَاءِ، أَنَّهُ لُحْمَةٌ كُلُّحُمَةِ النَّسَبِ؛ فَإِنَّ الْمُعْتَقَ سَبَبٌ لَوْجُودِ الرَّقِيقِ لِنَفْسِهِ، كَمَا أَنَّ الْأَبَ سَبَبٌ؛ وَلِذَلِكَ تَحْرُمُ الصَّدَقَةُ فِي وَجْهِهِ عَلَى مَوَالِي بَنِي هَاشِمٍ.

وَلَوْ أَوْصَى لِابْنِي فَلَانٍ، دَخَلَ مَوَالِيَهُمْ فِي وَجْهِهِ؛ وَلِذَلِكَ لَوْ شَرَطَ نَفْيَ الْوَلَاءِ أَوْ ثُبُوتَهُ لِغَيْرِ الْمُعْتَقِ، لَغَا، وَلَا يَبْثُ الْوَلَاءُ بِالْمَوَالَاةِ وَالْعَهْدِ؛ وَكَذَلِكَ يَسْتَنْزِلُ الْوَلَاءُ عَلَى أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ وَأَحْفَادِهِ وَمَعْتَقِهِ مُعْتَقِيهِ، فَالْمَوْلَى إِمَّا الْمُعْتَقُ أَوْ مُعْتَقُ الْأَبِ، أَوْ مُعْتَقُ الْأُمِّ أَوْ مُعْتَقُ الْمُعْتَقِ، وَيَسْتَنْزِلُ الْوَلَاءُ عَلَى أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ مَسَّهُ الرُّقُّ؛ فَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ أَصْلًا، إِلَّا لِمَعْتَقِهِ، أَوْ عَصَبَاتِ مُعْتَقِهِ؛ لِأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ أَقْوَى؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ أَبَوُهُ حُرٌّ أَصْلِيٌّ مَامَسَ الرُّقُّ أَبَاهُ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أُمَّهُ حُرَّةً أَصْلِيَّةً، ثَبَتَ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ؛ نَظَرًا إِلَى جَانِبِ الْأَبِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّى فِي إِبْتِائِ الْوَلَاءِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّى فِي النَّفْيِ، وَأَمَّا التَّقْدِيمُ، فَلَا وَلَاءَ مَعَ مُبَاشَرَةِ الرُّقِّ لِغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُبَاشِرًا؛ بَأَنَ حَصَلَ فِي نِكَاحِ الْغُرُورِ مِنْ رَقِيقَتَيْنِ، أَوْ مِنْ مُعْتَقَيْنِ، فَالْوَلَاءُ لِمُعْتَقِ الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ الْأَبُ رَقِيقًا بَعْدُ، فَلِمُعْتَقِ الْأُمِّ إِلَى أَنْ يُعْتَقَ الْأَبُ فَيَنْجَرُّ إِلَيْهِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْأَبُ رَقِيقًا، فَأَعْتَقَ أَبُ الْأَبِ، أَنْجَرَ الْوَلَاءَ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَنْجَرُّ مِنْهُ إِلَى مُعْتَقِ الْأَبِ، إِنْ أَعْتَقَ.

وَقِيلَ: لَا يَنْجَرُّ لِأَنَّ الْأَبَ رَقِيقٌ، فَلَا يَنْجَرُّ إِلَى أَبِيهِ، وَالْمَوْلُودُ مِنْ حُرَيْنِ، إِذَا كَانَ أَجْدَادُهُ أَرْقَاءً، ثَبَتَ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ لِمُعْتَقِ أُمِّ الْأُمِّ إِذَا أَعْتَقَهَا، ثُمَّ يَنْجَرُّ إِلَى مُعْتَقِ أَبِي الْأُمِّ، ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتَقِ أُمِّ الْأَبِ، ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتَقِ أَبِي الْأَبِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ رَقِيقًا، فَيَنْجَرُّ إِلَى مُعْتَقِ الْأَبِ،

وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَمَنْ أَغْتَقَ أُمَةً حَامِلًا مِنْ مُعْتِقٍ، فَوَلَاءُ الْجَنِينِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ، لَا لِمُعْتِقِ الْأَبِ، لَكِنْ ذَلِكَ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ إِغْتَاكِ الْأُمِّ، فَإِنْ كَانَ لَأَكْثَرَ، وَالزَّوْجُ يَفْتَرِشُهَا، فَالْوَلَاءُ لِمَوْلَى الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَفْتَرِشُهَا، وَهُوَ لَاقِلٌ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَقَوْلَانِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْحُكْمِ) وَحُكْمُ الْوَلَاءِ الْمُصَوَّبَةِ، فَيُعِيدُ الْمِيرَاثَ، وَوَلَايَةَ التَّرْوِيجِ، وَتَحْمِلُ الْعَقْلَ، وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ، فَإِنْ مَاتَ، فَمِيرَاثُ الْعَتِيقِ لِأَوَّلَى عَصَابَتِهِ يَوْمَ مَوْتِ الْمُعْتِقِ، وَلَوْ خَلَّفَ أَبْنَاءً وَبَنَاتًا وَأَبًا وَأُمًّا، فَلَا مِيرَاثَ لِلْبَنَاتِ وَالْأُمِّ، بَلْ لَا يُبْنَى الْوَلَاءُ أَضْلًا لَامْرَأَةٍ، إِلَّا إِذَا بَاشَرَتْ الْعَتِيقَ، فَلَهَا الْوَلَاءُ عَلَيْهِ، وَعَلَى أَحْفَادِهِ وَعَتِيقِهِ وَعَتِيقِ عَتِيقِهِ؛ كَالرَّجُلِ، وَالْأَخُ لَا يُقَاسِمُ الْجَدَّ فِي الْوَلَاءِ؛ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ^(١) بَلْ هُوَ أَوَّلَى، وَابْنُ الْأَخِ أَيْضًا أَوَّلَى مِنَ الْجَدِّ؛ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ؛ لِقُوَّةِ الْبُتُوَّةِ وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ؛ فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ^(٢)، وَلَا يُعَادُ بِالْأَخِ لِلْأَبِ، إِنْ رَأَيْنَا الْمُقَاسِمَةَ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ، وَإِذَا اجْتَمَعَ أَبُ الْمُعْتِقِ وَمُعْتِقُ الْأَبِ، فَلَا وَلَاءَ لِمُعْتِقِ الْأَبِ أَضْلًا؛ لِأَنَّ عَلَى الْمَيِّتِ وَلَاءَ الْمُبَاشَرَةِ، فَالْمَالُ لِعَصْبَةِ مُعْتِقِهِ، وَهُوَ الْأَبُ، وَكَذَلِكَ قَدْ يُظَنُّ أَنَّ مُعْتِقَ أَبِ الْمُعْتِقِ أَوَّلَى مِنْ مُعْتِقِ مُعْتِقِ الْمُعْتِقِ، وَهُوَ غَلَطٌ.

(فُرُوعُ):

(الْأَوَّلُ): إِذَا اشْتَرَى أَحَدٌ وَأَخْتُ أَبَاهُمَا، فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ أَغْتَقَ الْأَبُ عَبْدًا، وَلَمْ يُخَلِّفِ الْعَتِيقُ إِلَّا الْأَخَ وَالْأُخْتَ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلْأَخِ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةُ الْمُعْتِقِ، وَلَا شَيْءَ لِلْأُخْتِ الَّتِي هِيَ مُعْتَقَةُ الْمُعْتِقِ، بَلْ لَوْ خَلَّفَ ابْنٌ عَمَّ الْمُعْتِقِ، وَالْبِنْتُ، لَكَانَ ابْنُ الْعَمِّ أَوَّلَى، وَلَوْ مَاتَ هَذَا الْأَخُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلَّا أُخْتَهُ، فَلَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مِيرَاثِهِ؛ النِّصْفُ بِالْأُخْوَةِ، وَنِصْفُ الْبَاقِي لَوْلَايَها عَلَى نِصْفِ أَبِيهِ؛ لِأَنَّ أَحَاها وَلَدُ مُعْتِقِهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ الْأَبُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلَّا الْبِنْتَ، فَلَهَا النِّصْفُ بِالْبُتُوَّةِ، وَنِصْفُ الْبَاقِي لَوْلَايَها، عَلَى نِصْفِ الْأَبِ.

(الثَّانِي): أُخْتَانِ خُلِقَتَا حُرَّتَيْنِ، اشْتَرَتْ إِحْدَاهُمَا أَبَاهُمَا، وَالْأُخْرَى أُمَّهُمَا، فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مَوْلَاةٌ صَاحِبَتِهَا؛ لِأَنَّ وَلَاءَ الْأُمِّ لَمْ يُمْكِنْ أَنْجَرَاؤُهُ إِلَى مُشْتَرِيَةِ الْأَبِ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مَوْلَى نَفْسِهِ. وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْجَرُ وَيَسْقُطُ، فَلَا وَلَاءَ عَلَى مُشْتَرِيَةِ الْأَبِ لِمُشْتَرِيَةِ الْأُمِّ.

(الثَّالِثُ): اشْتَرَتْ أُخْتَانِ أُمَّهُمَا، ثُمَّ شَارَكَتِ الْأُمُّ أَجْنَبِيًّا فِي شِرَاءِ أَبِيهِمَا، فَإِذَا مَاتَتْ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ، وَلَمْ تُخَلِّفْ إِلَّا الْأُخْتَ الْأُخْرَى، فَالنِّصْفُ لَهَا بِالْأُخْوَةِ، وَالْبَاقِي لِلْأَجْنَبِيِّ وَالْأُمِّ؛ فَإِنَّهُمَا مُعْتَقَاتُ أَبِيهِمَا لَكِنَّ الْأُمَّ مَيِّتَةٌ، فَيَرْجِعُ نَصِيبُهَا إِلَى الْأُخْتَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا أَعْتَقَتَاهَا، لَكِنْ إِحْدَاهُمَا مَيِّتَةٌ، وَحَصَلَ لَهَا الثَّمَنُ، فَيَرْجِعُ إِلَى الْأَجْنَبِيِّ وَأُمِّهَا، وَمِنْ الْأُمِّ إِلَى الْمَيِّتَةِ وَالْحَيَّةِ، وَيَدُورُ وَلَا يَنْقَطِعُ، فَالْصَّوَابُ (و) أَنَّ يُقَسَّمُ الْمَالُ مِنْ سِتَّةٍ، فَيَكُونُ لَهَا النِّصْفُ بِالْأُخْوَةِ، وَالْبَاقِي ثَلَاثَةً، يُقَسَّمُ عَلَيْهَا

(١) قال الراعي: «والأخ لا يقاسم الجد في الولاء في أحد القولين» المسألة المذكورة في الفرائض [ت].

(٢) قال الراعي: «والأخ من الأب والأم مقدم على الأخ من الأب في أصح القولين» هي المذكورة في الفرائض أيضاً، والمعاد في الصورتين يشتمل على زيادات [ت].

وَعَلَى الْأَجْنَبِيِّ أَثْلَانَا؛ لِلْأَجْنَبِيِّ سَهْمَانِ، وَلَهَا سَهْمٌ؛ فَتَحْصُلُ هِيَ عَلَى أَرْبَعَةٍ؛ لِأَنَّ الثُّمْنَ الدَّائِرَ كُلَّمَا رَجَعَ إِلَى الْمَيْتَةِ، يَحْصُلُ لِلْأَجْنَبِيِّ ضِعْفُ مَا حَصَلَ لِلْأُخْتِ.

(كِتَابُ التَّذْيِيرِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِهِ وَأَحْكَامِهِ: (أَمَّا الْأَرْكَانُ)، فَهُوَ اللَّفْظُ، وَالْأَهْلُ:

(أَمَّا اللَّفْظُ) فَصَرِيحُهُ قَوْلُهُ: دَبَّرْتُكَ، وَأَنْتَ مُدَبِّرٌ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي.

وَقِيلَ: إِنَّ لَفْظَ التَّذْيِيرِ كِنَايَةٌ، وَالتَّذْيِيرُ الْمُقَيِّدُ كَالْمُطْلَقِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ قُتِلْتُ، أَوْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي يَوْمَ فَيَعْتِقُ بَعْدَ مَوْتِهِ يَوْمَ، وَلَا يَخْتِاجُ (ح) إِلَى الْإِنْشَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ، فَلَا يَصِيرُ مُدَبِّرًا، مَا لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ، وَلَوْ قَالَ شَرِيكَانِ: إِذَا مِتْنَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَلَا يَعْتِقُ مِنْهُ شَيْءٌ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا؛ حَتَّى يَمُوتَ الْآخَرُ، لَكِنْ لَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ حَتَّى يَمُوتَ الشَّرِيكُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي، فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَإِنَّهُ لَا يَبِيعُهُ (و) قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَيْسَ لِلْوَارِثِ إِبْطَالُ تَغْلِيْقِ الْمَيِّتِ؛ كَمَا لَيْسَ لَهُ إِبْطَالُ عَارِيَّتِهِ الْمُضَافَةِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ مُدَبِّرٌ، إِنْ شِئْتَ، صَارَ مُدَبِّرًا، إِنْ شَاءَ؛ عَلَى الْفَوْرِ (و)، وَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتَ، لَمْ يُشْتَرَطِ الْفَوْرُ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الْمَشِيئَةِ فِي الْحَيَاةِ؛ إِلَّا إِذَا قَالَ: إِنْ شِئْتَ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَلَا يُشْتَرَطُ (و) الْفَوْرُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ مُتُّ، فَأَنْتَ حُرٌّ، إِنْ شِئْتَ، فَيَكْفِي مَشِيئَتُهُ فِي الْحَيَاةِ؛ فِي وَجْهِ.

وَيَكْفِي الْمَشِيئَةُ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ فِي وَجْهِ.

وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا؛ فِي وَجْهِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ رَأَيْتَ الْعَيْنَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، عَتَقَ بِكُلِّ (و) مَا يُسَمَّى عَيْنًا.

(الرُّؤْيَى الثَّانِي: الْأَهْلُ)، وَلَا يَصِحُّ التَّذْيِيرُ مِنَ الْمَجْنُونِ وَغَيْرِ الْمُمَيِّزِ، وَمِنَ الْمُمَيِّزِ قَوْلَانِ، وَمِنْ السَّفِيهِ يَنْقُذُ.

وَقِيلَ قَوْلَانِ.

وَمِنَ الْمُزْتَدِّ: يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ.

وَإِنْ دَبَّرَ، ثُمَّ أَرْتَدَّ، لَمْ يَبْطُلْ.

وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ.

وَإِذَا بَطَلَ، فَإِنْ أَسْلَمَ، عَادَ.

وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى عَوْدِ الْحِنْثِ.

فَإِذَا مَاتَ مُزْتَدًّا، وَقُلْنَا: يَصِحُّ تَذْيِيرُهُ، نَقَذَ (و) مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِنْ كَانَ الْمَالُ لِلْفَيءِ، وَالْكَافِرِ الْأَصْلِيِّ يَصِحُّ تَذْيِيرُهُ، وَلَكِنْ لَوْ أَسْلَمَ مُدَبِّرُهُ، يُبَاعُ عَلَيْهِ؛ فِي قَوْلِي.

وَفِي قَوْلٍ: يُسْتَكْسَبُ لَهُ؛ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ.

وَالْمُكَاتَبُ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ.

وَقِيلَ: كَالْمُدَبَّرَةِ.

وَإِذَا دَبَّرَ نَصِيْبَهُ مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ، لَمْ يَسْرِ إِلَى الْبَاقِي.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِ)، وَلَهُ حُكْمَانِ:

(الْأَوَّلُ: أَرْتِفَاعُهُ)، وَيَرْتَفِعُ التَّدْبِيرُ بِخَمْسَةِ أُمُورٍ:

(الْأَوَّلُ: إِزَالَةُ الْمِلْكِ)، وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ (ح م و) الْمُدَبِّرُ، فَإِنْ عَادَ الْمَلِكُ، فَهَلْ يَعُودُ التَّدْبِيرُ؟ فِيهِ

خِلَافٌ (و) (١).

(الثَّانِي): أَلَّا لَهُ صَرِيحُ الرُّجُوعِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَغْلِيْقٌ، فَلَا، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقُوهُ

عَنِّي، فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ، فَدَخَلْتُ الدَّارَ، أَوْ شِئْتُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَهُوَ تَغْلِيْقٌ، وَلَا رُجُوعَ

عَنَّهُ بِالصَّرِيحِ، وَلَا يَنْقَطِعُ (و) التَّدْبِيرُ بِالِاسْتِيلَادِ؛ لِأَنَّهُ يُوَافِقُهُ (٢) بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ.

وَقَوْلُهُ: «إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ» رُجُوعٌ عَنِ التَّدْبِيرِ الْمُطْلَقِ (٣).

(الثَّالِثُ): إِنْكَارُ السَّيِّدِ رُجُوعٌ.

وَقِيلَ: لَيْسَ بِرُجُوعٍ، بَلْ يَحْلَفُ (٤).

وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي إِنْكَارِ الْوَصِيَّةِ وَالْوَكَالَةِ، هَلْ هُوَ رُجُوعٌ؟ وَإِنْكَارُ الْبَيْعِ الْجَائِزِ لَيْسَ بِفَسْخٍ،

ثُمَّ إِنْ إِنْكَارَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لَيْسَ بِرَجْعَةٍ.

(الرَّابِعُ): مُجَاوِزَةُ الثَّلَاثِ، فَإِذَا دَبَّرَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ بِمَوْتِهِ ثُلُثَهُ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ فِي

الصُّبْحَةِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ، لَمْ يَتَنَجَّزْ، عَتَقَ ثُلُثَهُ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ حَتَّى لَا يَتَسَلَّطَ الْعَبْدُ عَلَى

شَيْءٍ قَبْلَ تَسَلُّطِ الْوَرَثَةِ عَلَى مِثْلِهِ؛ وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي الْوَصِيَّةِ.

(الخَامِسُ): إِذَا جَنَى الْمُدَبَّرُ، يَبِيعُ (ح)، فَإِنْ فَدَاهُ السَّيِّدُ، بَقِيَ التَّدْبِيرُ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ،

(١) قال الرافعي: «فإن عاد الملك فهل يعود التدبير؟ فيه خلاف» قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا ينقطع التدبير بالاستيلاد؛ لأنه يوافقه» هذا وجه والذي أورده أكثر الأصحاب أنه ينقطع؛ لأن الاستيلاد أقوى فيرتفع به الأضعف. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت مدبر فهو رجوع عن التدبير المطلق» هذا وجه، والأرجح خلافه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «إنكار السيد رجوع، وقيل: ليس برجوع، بل يحلف» السياق يشعر بترجيح الأول، والأظهر عند الأكثرين الثاني، والثالث أنه يستقل حتى يعامل السيد الأقوى ما ذكر في «التهذيب» أنه لا يجوز معاملته مع السيد، وأنه لا ينفذ تصرفه مما في يده كما في المعلق عتقه بصفحة. [ت]

فَلِلْوَرَثَةِ أَلَّا يَفْدُوهُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ وَفَى الثَّلَاثُ بِالْفِدَاءِ وَالْعِتْقِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ (و) الْفِدَاءُ.

(الْحُكْمُ الثَّانِي: السَّرَايَةُ)، وَهَلْ يَسْرِي التَّدْبِيرُ إِلَى وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ مِنْ زِنَا أَوْ نِكَاحٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

وَتَغْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالْدُخُولِ، هَلْ يَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ؟ فِيهِ أَيْضاً قَوْلَانِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الْوَلَدَ يَغْتَقُ بِدُخُولِ الْأُمِّ.

وَقِيلَ: بِدُخُولِ نَفْسِهِ (م).

ثُمَّ إِذَا سَرَى التَّدْبِيرُ، صَارَ كَمَا لَوْ دَبَّرَهُمَا، وَلَا يَكُونُ الرُّجُوعُ عَنْ أَحَدِهِمَا رُجُوعاً عَنِ الْآخَرِ، وَيُفْرَعُ بَيْنَهُمَا، إِذَا ضَاقَ الثَّلَاثُ.

أَمَّا وَلَدُ الْمُدَبَّرِ، فَيَنْبَغُ الْأُمُّ دُونَ الْأَبِ، فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ وَالْمُدَبَّرَةُ حَامِلٌ، عَتَقَ مَعَهَا حَمْلَهَا، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ التَّدْبِيرِ، فَبِالسَّرَايَةِ إِلَى الْجَنِينِ وَجْهَانِ، فَلَوْ تَنَازَعَا، وَقَالَتْ: وَلَدْتُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ، فَيَنْبَغُنِي، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الْوَارِثُ وَالْمُدَبَّرُ فِي مَالٍ فِي يَدِهِ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ أَكْتَسَبَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَجْلِ الْيَدِ، وَلَوْ قَالَتْ: وَلَدْتُ الْوَلَدَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَهُوَ حُرٌّ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ؛ إِذْ لَا يَدَ عَلَى الْوَلَدِ.

(كِتَابُ الْكِتَابَةِ)

وَهِيَ عَقْدٌ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، وَلَكِنْ يُسْتَحَبُّ إِنْ التَّمَسَّ الْعَبْدُ، وَكَانَ أَمِينًا قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَمِينًا، لَمْ يُسْتَحَبَّ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْكَسْبِ، فَفِي الْأَسْتِحْبَابِ وَجْهَانِ.
وَلَهَا أَرْكَانٌ وَأَحْكَامٌ:

(الظُّرُّ الْأَوَّلُ: فِي أَرْكَانِهَا)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ: الصِّيغَةُ)، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: كَاتَبْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فِي نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا، إِنْ أَذِنَتْ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنْ لَمْ يَصْرُخْ بِالتَّغْلِيْقِ وَتَوَلَّى، كَفَى، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ لَفْظِ الْكِتَابَةِ، دُونَ صَرِيحِ التَّغْلِيْقِ، أَوْ نِيَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ، فَقِيلَ، عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَالْأَلْفُ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَغْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَأَعْطِيَ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ؛ إِذْ لَا مَالَ لَهُ، هَلْ يَغْتَقُ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَغْتَقُ، فَهَلْ يُرْجَعُ إِلَى قِيَمَةِ الرُّقْبَةِ وَيَتَّبَعُهُ الْكَسْبُ؛ كَمَا فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ أَوْ هُوَ تَغْلِيْقٌ مَخْصُصٌ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ بَاعَ الْعَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَهُ الْوَلَاءُ^(١).

وَقِيلَ: لَا وَلَاءَ لَهُ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَى نَفْسِهِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْعَوَضُ): وَشُرُوطُهُ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ): أَنْ يَكُونَ دِينًا؛ إِذْ لَوْ كَانَ عَيْنًا، لَكَانَ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ، إِذْ لَا مِلْكَ لَهُ.

(الثَّانِي): الْأَجَلُ، فَلَا تَصِحُّ الْكِتَابَةُ الْحَالَةُ؛ لِأَنَّهُ يَغْجُرُ عَقِيبَ الْعَقْدِ؛ إِذْ لَا بُدَّ مِنْ لَخْطَوَةٍ فِي الْاِكْتِسَابِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَضْفُهُ حُرًّا، فَيَصِحَّ كِتَابَتُهُ بِغَيْرِ أَجَلٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ بَاعَ مِنَ الْمُفْلِسِ بِغَيْرِ أَجَلٍ بِشَمَنِ يَرِيدُ عَلَى قِيَمَةِ الْمِثْلِ، فَيَغْجُرُ عَنْهُ، وَلَكِنْ الظَّاهِرُ صِحَّتُهُ.
وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يُنْجَمَ نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا؛ أَتْبَاعًا لِلسَّلَفِ، وَيَجُوزُ لَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ بَعْدَ الْعَقْدِ بِيَوْمٍ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تُسْتَحَقُّ عَقِيبَ الْعَقْدِ، وَإِنَّمَا التَّأَخُّرُ بِالتَّوْفِيقَةِ، وَلَا يَضُرُّ الْحُلُولُ فِيهِ؛ لِاتِّصَالِ الْقُدْرَةِ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرَيْنِ؛ لِيَكُونَ كُلُّ شَهْرٍ نَجْمًا، لَمْ يَجْزُ، لِأَنَّ الْكُلَّ مُسْتَحَقٌّ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَصَافَ اسْتِخْفَاقَ الشَّهْرِ الثَّانِي إِلَى الشَّهْرِ الثَّانِي، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ أَغْتَقَهُ عَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ شَهْرًا، عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ، فَإِنْ تَعَدَّرَ، فَرَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الْمَنْفَعَةِ أَوْ قِيَمَةِ الرُّقْبَةِ، فَعَلَى قَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي بَدَلِ الْخُلْعِ.

(الرَّابِعُ): إِغْلَامُ الْقَدْرِ وَالْأَجَلِ وَالنَّجْمِ وَتَمْيِيزِ مَحَلِّ كُلِّ نَجْمٍ. فَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ يَوْمٍ فِي

(١) قال الرافعي: «ولو باع العبد من نفسه صح، وله الولاء» هذا مذكور في «فضل الولاء» لكن لم يذكر الخلاف هناك. [ت]

عَشْرٍ سِنِينَ، لَمْ يَجْزْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ مَحَلُّ كُلِّ نَجْمٍ.

وَلَوْ شَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئاً فَسَدَ، وَلَوْ كَاتَبَهُ وَبَاعَهُ شَيْئاً عَلَى عِوَضٍ وَاحِدٍ دَفْعَةً وَاحِدَةً، فَسَدَ الْبَيْعُ، وَفِي الْكِتَابَةِ قَوْلَا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

وَلَوْ كَاتَبَ ثَلَاثَةَ أَغْبِدٍ عَلَى أَلْفٍ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَالْتَصُّ الصَّحَّةُ، وَفِي شِرَاءِ ثَلَاثَةِ أَغْبِدٍ مِنْ ثَلَاثَةِ مُلَّاكٍ، فَالْتَصُّ الْفَسَادُ، وَفِي خُلْعِ نِسْوَةٍ وَنِكَاحِهِنَّ دَفْعَةً وَاحِدَةً بِعِوَضٍ وَاحِدٍ، نَصٌّ عَلَى قَوْلَيْنِ؛ فَقِيلَ: فِي الْكُلِّ قَوْلَانِ؛ لِكَوْنِ الْعِوَضِ مَعْلُومٍ الْجُمْلَةَ غَيْرَ مَعْلُومٍ التَّفْصِيلَ^(١).

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: السَّيِّدُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفاً (ح) أَهْلاً لِلتَّبَعِ؛ فَلَا يَصِحُّ (ح م) كِتَابَةُ قِيمِ الْوَلَدِ، وَلَا كِتَابَةُ الْمَرِيضِ، إِذَا لَمْ يَفِ بِهِ الثَّلَاثُ^(٢)، وَلَوْ كَاتَبَ فِي الصَّحَّةِ، وَوَضَعَ الثُّجُومَ فِي الْمَرَضِ، أَعْتَبَرْنَا خُرُوجَ الْأَقْلِ مِنَ الثَّلَاثِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّقَبَةِ أَقْلَ، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ، لَوْ عَجَزَ نَفْسُهُ، وَإِنْ كَانَتْ الثُّجُومُ أَقْلَ، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ؛ وَكَذَا لَوْ أَوْصَى بِإِغْتَاقِهِ، أَوْ وَضَعَ الثُّجُومَ عَنْهُ وَلَوْ أَقَرَّ فِي الْمَرَضِ بِقَبْضِ ثُجُومِ كِتَابَتِهِ فِي الصَّحَّةِ، قِيلَ، وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ، فَيُبْنَى كِتَابَتُهُ عَلَى أَقْوَالِ الْمِلِكِ.

وَالْكَافِرُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ قَدْ أَسْلَمَ وَخَوِطَبَ بَيْنِيهِ، وَكَاتَبَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَاتَبَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْعَبْدُ، فَفِي الْأَنْقِطَاعِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ^(٣)، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَدُومَ الْكِتَابَةُ.

وَالْحَزْبِيُّ تَصِحُّ (ح م) كِتَابَتُهُ، وَلَكِنْ لَوْ فَهَرَهُ السَّيِّدُ، عَادَ مِلْكُهُ قَبْلَ الْعِتْقِ وَبَعْدَهُ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْمُكَاتِبُ)، وَلَهُ شَرْطَانِ:

(الْأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفاً، فَلَا يَصِحُّ كِتَابَةُ الصَّغِيرِ، وَإِنْ كَانَ مُمَيَّزاً.

(الثَّانِي) أَنْ يُكَاتِبَ كُلَّهُ، وَلَوْ كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَالْمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ لَا يَصِحُّ (ح)، وَلَوْ كَاتَبَ مَنْ نِصْفَهُ حُرّاً، جَازَ؛ لِحُصُولِ الْأَسْتِقْلَالِ، وَلَوْ كَاتَبَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، فَالْمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَاتَبَ بِالْإِذْنِ، فَقَوْلَانِ، وَالْأَظْهَرُ (و) أَنَّهُ لَا يُصْرَفُ الصَّدَقَةُ إِلَى مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مَالٍ وَاحِدٍ، جَازَ وَأَنْقَسَمَتِ الثُّجُومُ عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا، فَإِنْ شَرَطَا تَقَاوُتاً فِي الْقِسْمَةِ، فَقَدْ أَنْفَرَدَتْ كُلُّ صَفَقَةٍ، وَهِيَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ، فَيَخْرُجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

(فَرْعٌ):

(١) قال الرافعي: «ولو كاتب ثلاثة أعبد على ألف في صفقة واحدة إلى قوله... غير معلوم التفصيل» الصورة مكررة قد ذكرها مرة في الصداق. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث» أي كتابة الجميع وهذا قد ذكره في «الوصايا» حيث قال: «والكتابة محسوبة من الثلث». [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو كاتب ثم أسلم العبد ففي الانقطاع وجهان مرتبان» الصورة مكررة قد ذكرها في البيع حيث قال: «والمكاتب كالمستولدة، وقيل: كالمدبرة». [ت]

لَوْ كَاتَبَاهُ، ثُمَّ عَجَزَ أَحَدُهُمَا، وَأَرَادَ الثَّانِي إِبْقَاءَ الْكِتَابَةِ فِي نَصِيْبِهِ بِالْإِنْفَازِ، فَقَوْلَانِ، وَأَوَّلَى بِالْجَوَازِ؛ لِقُوَّةِ الدَّوَامِ، وَلَوْ كَاتَبَ وَاحِدٌ عَبْدًا، ثُمَّ خَلَّفَ ابْنَيْنِ، وَعَجَزَهُ أَحَدُهُمَا، وَأَنْظَرَهُ الْآخَرَ، فَهَذَا أَوَّلَى بِالْمَنْعِ.

هَذَا بَيَانُ مَا يَصِحُّ مِنَ الْكِتَابَةِ، وَمَا لَا يَصِحُّ، فَيَنْقَسِمُ إِلَى بَاطِلٍ، وَفَاسِدٍ.

(فَالْبَاطِلُ): هُوَ الَّذِي اخْتَلَّ بَعْضُ أَرْكَانِهِ؛ بِأَنْ صَدَرَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِ مُكَلَّفٍ، أَوْ غَيْرِ مَالِكٍ، أَوْ مُكْرَهٍ، أَوْ عَدِمَ قَضْدُ مَالِيَّةِ الْعَوْضِ؛ كَمَا لَوْ كَانَتْ عَلَى دَمٍ، أَوْ حَشَرَاتٍ، أَوْ اخْتَلَّتِ الصَّيْغَةُ؛ بِأَنْ فُقدَ لَفْظُ الْعَقْدِ، ثُمَّ الْفَاسِدُ يُسَاوِي الصَّحِيحَ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَخْصُلُ الْعِنَقُ بِالْأَدَاءِ، لَكِنْ بِحُكْمِ التَّغْلِيْقِ؛ فَلَا يَخْصُلُ (و) بِالْإِبْرَاءِ وَالْأَغْنِيَاضِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالْكَسْبِ، وَيَسْتَتْبِعُ عِنْدَ الْعِنَقِ مَا فَضَلَ مِنْ كَسْبِهِ؛ وَكَذَا وَلَدُهُ مِنْ

جَارِيَتِهِ.

أَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ، فَقِي سِرَايَةِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ إِلَيْهِ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّغْلِيْقِ.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يَسْتَقِلُّ حَتَّى يُعَامِلَ السَّيِّدَ، وَتَسْقُطَ عَنْهُ نَفَقَتُهُ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يُسَافِرُ

(ح)، وَفِي صَرْفِ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ وَجْهَانِ، وَيُقَارَفُهُ فِي أَمْرَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا) أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ مَا عُلِقَ بِهِ الْأَدَاءُ، رَدَّهُ وَرَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الرِّقَابَةِ؛ لِفَسَادِ الْعَوْضِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ لَا تَلَزَمُ مِنْ جَانِبِ السَّيِّدِ؛ فَلَهُ فَسْحُهَا (و)، وَمَهْمَا فَسَخَ أَوْ قَضَى الْقَاضِي

بِرَدِّهَا، لَمْ يَغْنَقْ بِحُكْمِ التَّغْلِيْقِ، وَإِنْ أَدَّى؛ لِأَنَّهُ كَانَ تَغْلِيْقًا فِي ضِمْنِ مُعَاوَضَةٍ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ

كُفَّارَتِهِ، صَحَّ، وَبَرِثَتْ ذِمَّتُهُ، وَكَانَ فَاسِخًا لِلْكِتَابَةِ؛ حَتَّى لَا يَتَّبِعُهُ الْكَسْبُ؛ بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ (ح م) الْإِجْرَاءَ عَنِ الْكُفَّارَةِ.

وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ فَادَّى إِلَى الْوَارِثِ، لَمْ يَغْنَقْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ الْقَائِلُ لَهُ؛ إِذَا أَدَيْتَ، فَأَنْتَ حُرٌّ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَخْكَامِهَا)، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الْأَوَّلُ: مَا يَخْصُلُ بِهِ الْعِنَقُ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ سِتَّةٌ

(الْأَوَّلَى): أَنَّهُ يَخْصُلُ فِي الصَّحِيحَةِ بِأَدَاءِ الثُّجُومِ، وَبِالْإِبْرَاءِ، وَبِالْأَغْنِيَاضِ، وَلَا يَخْصُلُ بِجُزْءٍ

مِنَ الثُّجُومِ جُزْءٍ مِنَ الْحُرِّيَّةِ؛ حَتَّى يُؤَدَّى الْكُلُّ، وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ دَفْعَةً، عَقَّ (ح م و) أَحَدُهُمَا بِأَدَاءِ

نَصِيْبِهِ قَبْلَ آدَاءِ الثَّانِي، وَلَوْ كَاتَبَا عَبْدًا، لَمْ يَغْنَقْ نَصِيْبُ أَحَدِهِمَا مَا لَمْ يُؤَدَّ جَمِيعَ الثُّجُومِ إِلَيْهِمَا، إِلَّا

أَنْ يُكَاتِبَ وَاحِدًا، وَيُخَلَّفَ ابْنَيْنِ، فَيَغْنَقَ (و) نَصِيْبَ أَحَدِ ابْنَيْنِ؛ بِأَدَاءِ نَصِيْبِهِ.

(الثَّانِيَّةُ): إِذَا جُنَّ السَّيِّدُ، وَقَبِضَ الثُّجُومَ، لَمْ يَغْنَقْ، حَتَّى يُسَلِّمَ إِلَى الْقِيَمِ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ

السَّيِّدِ، فَلَا ضَمَانَ لِلتَّفْصِيرِ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَلَوْ جُنَّ الْعَبْدُ، فَقَبِضَ مِنْهُ السَّيِّدُ، عَقَّ (و)؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ

لَيْسَ بِشَرْطٍ.

(أَمَّا الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ)، فَتَنْفَسِخُ بِجُنُونِهَا؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِجَوَازِهَا.

وَلَا تَنْفَسِخُ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ مَصِيرَهَا إِلَى الزُّومِ.

وَتَنْفَسِخُ؛ عَلَى وَجْهِ؛ بِجُنُونِ الْمَالِكِ، دُونَ جُنُونِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَةَ أَيْضاً جَائِزَةٌ فِي حَقِّ الْعَبْدِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْدًا، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ، عَتَقَ وَسَرَى فِي الْحَالِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ آخَرَ: لَا يَسْرِي إِلَّا أَنْ يَرِقَّ النَّصِيبُ الثَّانِي بِالْعَجْزِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي فِي الْحَالِ، فَتَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ فِي مَحَلِّ السَّرَايَةِ، وَيَنْتَقِلُ مَكَاتِبًا، وَيُعْتَقُ؛ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلشَّرِيكِ، لَا لِمَنْ سَرَى عَلَيْهِ، فِيهِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: إِنْ كَوْنُهُ مَكَاتِبًا يَمْنَعُ السَّرَايَةَ، ثُمَّ إِبْرَاءُ أَحَدِهِمَا يَخْرِجُ مَجْرَى إِعْتَاقِهِ فِي السَّرَايَةِ؛ وَكَذَا قَبْضُ نَصِيبِ نَفْسِهِ بِرِضَا صَاحِبِهِ، إِنْ قَضَيْنَا بِأَنَّهُ يُوجِبُ الْعِتْقَ، فَيَسْرِي، وَلَا نَقُولُ: هُوَ مُجْبَرٌ عَلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ أَصْلَ الْعَقْدِ، نَعَمْ أَحَدُ الْأَنْبَتَيْنِ، إِذَا قَبِضَ نَصِيْبَهُ، عَتَقَ، (و) وَلَمْ يَسْرِ (و)؛ لِأَنَّهُ مَقْهُورٌ فِي الْقَبْضِ، وَلَمْ يَصُدِّرِ الْعَقْدُ مِنْهُ.

(فَرْعٌ): لَوْ أَدَّعَى الْعَبْدُ عَلَى الشَّرِيكِينَ؛ أَنَّهُ وَقَّاهُمَا بِالْثُجُومِ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُصَدِّقِ، وَيَخْرِجُ الْخِلَافَ فِي السَّرَايَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّصْدِيقِ.

(الرَّابِعَةُ): أَحَدُ الْأَنْبَتَيْنِ الْوَارِثَتَيْنِ، إِذَا أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ، نَفَذَ، وَيَسْرِي؛ عَلَى قَوْلٍ؛ إِمَّا فِي الْحَالِ؛ وَإِمَّا عِنْدَ الْعَجْزِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَسْرِي، وَرَقَّ النَّصِيبُ الْآخَرُ، فَهَلْ يُبَيِّنُ انْفِسَاخُ الْكِتَابَةِ فِي النَّصْفِ الَّذِي أَعْتَقَ؛ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ خَاصَّةً، أَوْ نَقُولُ: لَمْ تَنْفَسِخْ، وَالْوَلَاءُ فِي ذَلِكَ النَّصْفِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فَرْعٌ): لَوْ خَلَفَ أَنْبَتَيْنِ وَعَبْدًا، فَأَدَّعَى الْعَبْدُ كِتَابَةَ الْمُورِثِ لَهُ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ، وَخَلَفَ، فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ مَكَاتِبٌ (و)، فَإِنْ أَعْتَقَهُ سَرَى إِلَى الْبَاقِي، وَلَمْ يُخْرِجْ عَلَى الْخِلَافِ؛ لِأَنَّهُ رَقِيقٌ بِقَوْلِ الشَّرِيكِ، وَإِنْ أَبْرَأَ، لَمْ يَسْرِ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ يَقُولُ: إِبْرَاؤُهُ لَأَعٍ؛ إِذْ لَا كِتَابَةَ، فَإِنْ عَتَقَ بِأَدَاءِ الثُّجُومِ، لَمْ يَسْرِ؛ لِأَنَّهُ مَقْهُورٌ عَلَى الْقَبُولِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَبِضَ الثُّجُومَ، فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَلَهُ رُدُّهَا، وَرَدُّ الْعِتْقِ؛ إِذْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ، أَوْ حَصَلَ حُصُولًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ بِحَسَبِ الْعَوَضِ، وَإِنْ رَضِيَ، اسْتَمَرَ الْعِتْقُ، وَلَكِنْ مِنْ حِينِ الرِّضَا، أَوْ مِنْ حِينِ الْقَبْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَطْلَعَ عَلَى التَّقْصَانِ بَعْدَ تَلَفِ الثُّجُومِ، جَازَ لَهُ رَدُّ الْعِتْقِ إِلَى أَنْ يُسَلَّمَ الْأَرْضُ، فَإِنْ عَجَزَ، كَانَ لَهُ الْإِزْقَاقُ وَالْفَسْخُ، كَالْعَجْزِ بِبَعْضِ الثُّجُومِ.

(السادسة): إِذَا خَرَجَتِ الثُّجُومُ مُسْتَحَقَّةً، تَبَيَّنَ أَنَّ لَا عِتْقَ، فَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ عِنْدَ الْقَبْضِ: أَذْهَبَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ عَتَقْتَ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يُؤَاخَذُ بِهِ؛ كَمَا لِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ أَدَّعَى الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ كَانَ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ، وَيَلْزَمُ

عَلَى هَذَا أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِالطَّلَاقِ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ أَطْلَقْتُ لَفْظَةَ طَلَّقْتُهَا طَلَّاقًا، ثُمَّ رَاجَعْتُ الْمُفْتِي، فَأَخْبَرَنِي بِأَنَّهُ لَا يَنْفَذُ؛ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَقَدْ قِيلَ بِهِ؛ وَكَذَا فِي الْعَتَقِ.

(الْحُكْمُ الثَّانِي): حُكْمُ الْأَدَاءِ، وَفِيهِ سَبْعُ مَسَائِلَ:

(الأولى): أَنَّهُ يَجِبُ (ح م) الْإِيتَاءُ بِحِطِّ شَيْءٍ مِنَ الثُّجُومِ، أَوْ بِذَلِّ شَيْءٍ، وَلَا يَجِبُ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، وَلَا يَجِبُ (و) فِي الْإِعْتَاقِ بِعَوَضٍ، وَلَا فِي بَيْعِ (و) الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَا فِي الْإِعْتَاقِ مَجَانًا، وَفِي وُجُوبِ تَقْدِيمِهِ عَلَى وَقْتِ الْعَتَقِ وَجْهَانِ، وَيَكْفِي أَقْلُ مَا يُتَمَوَّلُ. وَقِيلَ: بَلْ مَا يَلِيقُ بِالْحَالِ، إِلَّا أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ الْإِيتَاءِ، فَتَكُونُ الزِّيَادَةُ فِي التَّرَكَةِ؛ كَوَصِيَّةٍ يُضَارِبُ بِهَا الْوَصَايَا، لَا كَدَيْنٍ^(١).

وَلَوْ بَقِيَ مِنَ الثُّجُومِ قَدْرٌ لَا يُقْبَلُ فِي الْإِيتَاءِ أَقْلٌ مِنْهُ، إِذَا قُلْنَا: يَجِبُ أَكْثَرُ مِمَّا يُتَمَوَّلُ، فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ تَعْجِيزُهُ، وَلَا يَخْصُلُ التَّقَاصُ؛ لِأَنَّ الْإِيتَاءَ يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ مَالِ الْكِتَابَةِ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِهِ، فَلَوْ عَدَلَ إِلَى غَيْرِ جِنْسِهِ، فَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْبُدًا، كَمَا فِي الزَّكَاةِ^(٢).

(الثَّانِيَّةُ): لَوْ عَجَلَ الثُّجُومَ قَبْلَ الْمَحَلِّ، أُجِبَ عَلَى الْقَبُولِ؛ كَمَا لَوْ عَجَلَ دَيْنًا بِهِ رَهْنٌ، وَفِي سَائِرِ الدِّيُونِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ ضَرَرٌ، أَوْ كَانَ وَقْتُ غَارَةِ، لَمْ يَجْزُ، فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ أُنْشِئَ فِي وَقْتِ الْغَارَةِ، فَلَوْ كَانَ غَائِبًا، قَبَضَ الْفَاضِي عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَخَذُ؛ فَإِنَّهُ حَرَامٌ، أُجِبَ عَلَى الْقَبُولِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ، وَلَكِنْ هَلْ يُتَنَزَّعُ مِنْ يَدِهِ بَعْدَ الْقَبُولِ؛ لِأَجْلِ إِقْرَارِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُتَنَزَّعُ وَيُحْفَظُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ يُسَلَّمُ إِلَى مَالِكِهِ، إِنْ أَقَرَّ لِمَالِكٍ مُعَيَّنٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُتَنَزَّعُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ، وَيَنْفَذُ تَصَوُّفُهُ، إِذَا كَذَّبَ نَفْسَهُ، وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ إِنْ عَجَلْتُ بَعْضَ الثُّجُومِ، فَقَدْ أَبْرَأْتُكَ عَنِ الْبَاقِي (ح)؛ لَمْ يَصِحَّ (ح و) الْإِيزَاءُ، وَلَوْ عَجَلَ الْبَعْضُ؛ بِشَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ (ح و) الْأَدَاءُ، فَإِنْ وَفَى السَّيِّدُ، وَأَبْرَأَ، فَهَلْ يَنْقَلِبُ الْقَبْضُ صَحِيحًا بِرِضَا السَّابِقِ الْمُعْلَقِ عَلَى الْأَدَاءِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَنْشَأَ رِضًا جَدِيدًا، فَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَنْقَلِبُ مِنْ حِينِهِ؛ لِأَنَّ دَوَامَ الْقَبْضِ كَأَبْتَدَائِهِ.

(الثَّالِثَةُ): لِتَعَدُّرِ الثُّجُومِ خَمْسَةً أَسْبَابٍ:

(الأول): إِذَا أَفْلَسَ بِجَمِيعِهَا أَوْ بِنَعْضِهَا، فَلَهُ فَسْخُ الْكِتَابَةِ، وَيُسَلَّمُ لَهُ مَا أَخَذَ إِلَّا مَا كَانَ مِنْ

(١) قال الرافعي: «وقيل بل ما يليق بالحال إلى أن يموت قبل الإيتاء، فتكون الزيادة في التركة كوصية يضارب بها الوصايا لا كدين» هذا وجه، والظاهر أن ما يحكم بوجوبه على ما فيه من الاختلاف بمثابة الديون يقدم على الوصايا. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو عدل إلى غير جنسه ففيه وجه أن لا يجوز تعبدًا كما في الزكاة» قد يفهم من هذا الإيراد ترجيح الجواز، والمراد من الجواز أنه يجبر المكاتب على قبوله والظاهر الذي أورده الأكثرون أنه لا يجبر فإن رضي بغير الجنس جاز بلا خلاف. [ت]

الصَّدَقَةِ؛ فَيَجِبُ (و) رَدُّهَا عَلَى مَالِكِهَا، وَلَيْسَ هَذَا الْفَسْخُ عَلَى الْفَوْرِ، بَلْ لَهُ التَّأْخِيرُ، وَلَا يَلْزُمُهُ الْإِنْظَارُ إِلَّا بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ الْمَالُ مِنَ الْمَخْزَنِ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا، فَلَهُ الْفَسْخُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عُرُوضٌ لَا يُشْتَرَى إِلَّا فِي زَمَانٍ، فَلَهُ الْفَسْخُ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ.

(الثَّانِي): إِذَا غَابَ بَعْزُ إِذْنِ السَّيِّدِ، فَلَهُ الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ (و) حَاجَةً إِلَى الرَّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ يَأْذِنُهُ بَعْدَ الْمَحَلِّ، فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ؛ حَتَّى يُخْبِرَهُ مُخْبِرٌ؛ أَنَّهُ قَدْ نَدِمَ عَلَى الْإِنْظَارِ، فَإِنْ قَصَرَ فِي الْإِيَابِ، فَلَهُ الْفَسْخُ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَمْتَنِعَ مَعَ الْقُدْرَةِ، فَلَهُ الْفَسْخُ؛ إِذِ الْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ (ح م) مِنْ جَانِبِ الْعَبْدِ، وَلَهُ أَنْ يُعْجَزَ نَفْسَهُ (ح م)، وَأَنْ يَفْسَخَ (و)، مَهْمَا شَاءَ.

(الرَّابِعُ): إِذَا جُنَّ الْعَبْدُ، وَقُلْنَا: لَا يَنْفَسَخُ، فَلَهُ الْفَسْخُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ؛ لِيَعْتِقَ إِنْ رَأَى الْمَضْلَحَةَ لَهُ فِي الْحُرِّيَّةِ، وَلِلْسَّيِّدِ أَيْضًا أَنْ يَسْتَقِيلَ بِأَخِذِ الثُّجُومِ، إِذْ تُمْكِينُهُ مِنْ هَذَا أَوْلَى مِنْ مَنَعِهِ؛ حَتَّى يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ الْمَالَ مَجَانًا.

(الخَامِسُ: الْمَوْتُ)، وَتَنْفَسَخُ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ، وَإِنْ خَلَّفَ (ح م) وَفَاءً؛ لَتَعْدُرِ الْعِتْقِ.

(فَرْعُ): لَوْ كَانَ اسْتَسَخَرَ الْمُكَاتَبَ شَهْرًا^(١)، وَعُرِّمَ الْأَجْرَةَ؛ فَيَلْزُمُهُ إِنْظَارُ شَهْرٍ بَعْدَ الْمَحَلِّ، فَعَسَاءَ يَكْتَسِبُ مَالًا.

وَقِيلَ: لَهُ تَعْجِيزُهُ مِنْ غَيْرِ إِنْظَارٍ.

(الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: فِي أَزْدِحَامِ الدِّيُونِ)، وَلَهُ صَوْرٌ:

(الْأَوَّلَى): إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلَّا لِلْسَّيِّدِ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُعَامَلَةٌ مَعَ الثُّجُومِ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا فِي يَدِهِ بِالَّذِينَ، وَيُعْجِزَهُ، إِذَا لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا مَا يَبْقَى بِأَحَدِهِمَا، وَإِنْ أَرَادَ تَعْجِيزَهُ قَبْلَ إِخْلَاءِ يَدِهِ عَنِ الْمَالِ يَأْخُذُهُ بِالَّذِينَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ لِلْأَجَانِبِ دَيْنٌ مُعَامَلَةٌ، وَأَرِشُ جِنَايَةٍ، فَقَوْلَانِ:

النَّصُّ؛ أَنْ يُورَّعَ مَا فِي يَدِهِ عَلَيْهِمْ إِنْ ضَاقَ عَنْ جَمِيعِهِمْ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَهُ مُتَعَلِّقٌ بِالرَّقَبَةِ، ثُمَّ الْأَرْضُ يُقَدَّمُ عَلَى الثُّجُومِ كَمَا يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْمَالِكِ، هَذَا إِذَا كَانَ قَدْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِالتَّمَّاسِ الْغُرَمَاءِ، فَأَمَّا قَبْلَ الْحَجْرِ، فَلَهُ أَنْ يُقَدَّمَ مَنْ أَرَادَ مِنْهُمْ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يُعْجَزَ نَفْسَهُ، وَعَلَيْهِ أَرِشٌ وَدَيْنٌ مُعَامَلَةٌ، فَقَدْ سَقَطَ الثُّجُومُ، وَمَا فِي يَدِهِ يُورَّعُ عَلَى الدَّيْنَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ.

وَقِيلَ: يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِيَرْجَعَ الْأَرْضُ إِلَى الرَّقَبَةِ.

(١) قال الراعي: «ولو كان استسخر المكاتب شهراً إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأصح الثاني [ت].

وَقِيلَ: يُؤَخَّرُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ رَضِيَ بِذَمِّهِ.

ثُمَّ لِمُسْتَحَقِّ الْأَرْضِ تَفْجِيزُ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يَبِيعَ رَقَبَتَهُ، فَلَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ؛ لَبَقِيَ الْكِتَابَةُ، فَالْصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يَجِبُ قَبُولُهُ^(١)، وَأَمَّا صَاحِبُ دَيْنِ الْمُعَامَلَةِ، فَلَيْسَ لَهُ التَّعْجِيزُ؛ إِذْ لَا (ح و) يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِالرَّقَبَةِ، وَلَوْ كَانَ لِلْسَّيِّدِ دَيْنٌ مُعَامَلَةً، فَلَا يُضَارِبُ (و) الْغُرَمَاءَ بِالنَّجْمِ، وَيُضَارِبُ (و) بَدَنِ الْمُعَامَلَةِ.

(الْمَسْأَلَةُ الْخَامِسَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْدًا، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِقَبْضِ نَصِيبِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ كَالْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَى أَحَدِهِمَا جَمِيعَ الثُّجُومِ، لَمْ يُعْتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَقِيلَ: يُعْتَقُ نَصِيبُ الْقَائِضِ.

وَلَوْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِتَقْدِيمِ الْآخَرِ بِنَصِيبِهِ، فَقَبَضَ، فَهَلْ يُعْتَقُ نَصِيبُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٢).

(فَرَعٌ): لَوْ أَدْعَى أَنَّهُ وَقَاهُمَا الثُّجُومَ، فَصَدَّقَ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَ الْآخَرُ، وَحَلَفَ، فَلَهُ (و) أَنْ يُشَارِكَ الْمُصَدِّقُ فِيمَا أَقْرَ بِقَبْضِهِ، وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْمُكَاتَبَ، إِنْ شَاءَ، بِتَمَامِ نَصِيبِهِ، ثُمَّ لَا يَزِجُجُ الْمُصَدِّقُ عَلَى الْمُكَاتَبِ فِيمَا أَحَدُ مِنْهُ، وَلَا الْمُكَاتَبُ عَلَى الْمُصَدِّقِ.

(الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ): لَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ بِشَرْطِ أَنْ يَتَكَفَّلَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِ الْآخَرِ، فَسَدَحَ (ح م و) الْعَقْدُ، وَلَوْ تَكَفَّلَ بِغَيْرِ شَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ الثُّجُومَ لَيْسَتْ بِإِزْمَةٍ، فَكَيْفَ تُضْمَنُ، وَلَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِ ثُجُومِ الثَّانِي، وَقُلْنَا: لَا يَجُوزُ التَّبَرُّعُ مَعَ الْإِذْنِ، فَلِلْمُؤَدِّي أَنْ يَسْتَرِدَّ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَرِدُّ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا عَنْ أَرْضِ جِنَايَةٍ، ثَبَّتَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ، وَقُلْنَا: لَا يَصِحُّ فَلَهُ طَلَبُهُ بَعْدَ الْعِتْقِ.

وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ^(٣) مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنْ تَبَرَّعَ الْمُفْلِسُ، إِذَا لَمْ يَنْفُذْ لِأَجْلِ الدَّيْنِ، فَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِالْإِزْرَاءِ، فَهَلْ يَنْفُذُ الْآلَنَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

(فَرَعٌ): لَوْ كَانَا مُتَّفَاعِي الْقِيَمَةِ، فَقَالَ الْخَسِيسُ: أَدَيْنَا الثُّجُومَ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ، وَقَالَ الْآخَرُ بَلْ عَلَى قَدْرِ الثُّجُومِ، وَكَانَا قَدْ جَاءَا بِهِ مَعًا، فَالْصَّحِيحُ (و) أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي الْإِسْتِوَاءَ؛ لِأَنَّهُ فِي أَيْدِيهِمَا.

(الْمَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ): فِي النَّزَاعِ، وَلَهُ صُورٌ:

(١) قال الرافعي: «فلو أراد السيد فداءه لتبقى الكتابة، فالصحيح أنه لا يجب قبوله» الظاهر عند الأصحاب أنه يجب، ويمتنع عليه التعجيز [ت].

(٢) قال الرافعي: «ولو رضي أحدهما بتقديم الآخر بنصيبه فقبض فهل يعتق نصيبه؟ فيه وجهان» المشهور قولان [ت].

(٣) قال الرافعي: «فلو تبرع أحدهما بتسليم نجوم الثاني، وقُلْنَا: لا يجوز التبرع مع الإذن... إلى قوله وقيل: في المسألة قولان» أطلق بعضهم في المسألة وجهين من غير تعرض للنصين [ت].

(إحداها): أَنْ يَخْتَلِفَ السَّيِّدُ وَالْعَبْدُ فِي أَضْلَى الْكِتَابَةِ أَوْ أَضْلَى الْأَدَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ، وَتَثْبُتُ دَعْوَى الْعَبْدِ بِشَاهِدٍ وَأَمْرَاتَيْنِ فِي الْأَدَاءِ، وَهَلْ تَثْبُتُ دَعْوَى الْكِتَابَةِ وَدَعْوَى النَّجْمِ الْأَخِيرِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ الْعِتْقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(١).

(الثَّانِيَةُ): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ، أَوْ الْأَجَلِ، أَوْ جِنْسِ النُّجُومِ، تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا، وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ قَدْ حَصَلَ بِالِاتِّفَاقِ، فَقَائِدَةُ الْفَسْخِ الرُّجُوعُ إِلَى قِيَمَةِ الرُّقْبَةِ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ مَكَاتِبُهُ، وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ، فَقَالَ: عَتَقَ قَبْلَ الْمَوْتِ، وَجَرَّ إِلَيَّ وَلَاءٌ وَلَدَهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَوَالِي الْأُمِّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْوَلَاءِ لَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ): كَاتَبَ عَبْدَيْنِ وَأَقَرَّ بِأَنَّهُ قَبَضَ نُجُومَ أَحَدِهِمَا، وَنَكَلَ عَنْ دَعْوَى الثَّانِي؛ حَتَّى حَلَفَ الثَّانِي، عَتَقَ الْعَبْدَانِ جَمِيعًا، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، حَلَفَ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِمَا عَمَّاهُ الْمَوْرَثُ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَى قَوْلٍ. وَلَا يُفْرَعُ؛ عَلَى قَوْلٍ؛ لِأَنَّهُ أَسْنِيَهُمَا فِي دَيْنِ^(٢).

(الْحُكْمُ الثَّالِثُ): حُكْمُ التَّصَرُّفَاتِ: إِمَّا مِنَ السَّيِّدِ أَوْ مِنَ الْعَبْدِ، أَمَّا السَّيِّدُ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ رُقْبَةً الْمُكَاتَبِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ.

وَفِي الْقَدِيمِ: يَبِيعُهُ وَيَبْقَى مُكَاتَبًا، وَلَا يَبِيعُ النُّجُومَ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ دَيْنٍ غَيْرِ لَازِمٍ، وَفِي الْأَسْتِذَالِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَلَوْ قَبَضَ مُشْتَرِي النُّجُومِ النُّجُومَ، فَهَلْ يَعْتِقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٣)؛ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَعْتِقُ، وَكَانَ الْمُشْتَرِي وَكِيلَهُ، فَيَرُدُّ عَلَيْهِ، وَلَهُ مُعَامَلَةُ الْعَبْدِ بِالْبَيْعِ أَوْ الشَّرَاءِ وَأَخَذِ الشُّفْعَةِ مِنْهُ؛ وَكَذَلِكَ أَخَذَ الْعَبْدُ مِنْهُ، فَإِنْ ثَبَتَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ مِثْلُ النُّجُومِ قَدْرًا وَجِنْسًا، وَقُلْنَا: يَقَعُ بِنَفْسِهِ التَّقَاصُّ، فَيَعْتِقُ. لَكِنْ فِي تَقَاصُّ الدَّيْنَيْنِ الْمُسَاوَيْنِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ لَا يَحْصُلُ، وَإِنْ رَضِيَاهُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَحْصُلُ إِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا.

(وَالرَّابِعُ): أَنَّ التَّقَاصَّ يَقَعُ بِنَفْسِهِ دُونَ الرِّضَا.

(١) قال الرافعي: «ودعوى النجم الأخير الذي يتعلق به العتق فيه وجهان» مذكور مرة في «الشهادات» [ت].

(٢) قال الرافعي: «وإن مات قبل البيان حلف الوارث على نفي العلم... إلى آخر القولين في القرعة» الذي ذكره الأكثرون في المسألة أن في قيام الوارث مقامه قولين أحدهما: لا يقوم، بل يقرع فإن خرجت له القرعة فهو حرٌّ وعلى الآخر أداء النجوم، وله أن يحلف الوارث على نفي العلم والثاني: أنه يقوم مقام الوارث ولا قرعة فإن قال الوارث لا أعلم من أدى، فلكل واحد تحليفه، فإذا حلف ففي وجه يستوفى من كل واحد ما عليه والأصح أنه يقرع بينهما [ت].

(٣) قال الرافعي: «فلو قبض مشتري النجوم فهل يعتق؟ فيه وجهان» المشهور قولان [ت].

فَإِنْ أَجَرْنَا التَّقَاصَّ فِي التَّقْدِينِ، فَفِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَجْهَانِ، وَفِي الْعُرُوضِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَلَوْ أَوْصَى بِرَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ، لَمْ يَجْزِ إِلَّا أَنْ يُصِيفَ إِلَى حَالَةِ الْعَجْزِ، فَيَصِحَّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَوْصَى بِالثُّجُومِ جَازَ مِنَ الثَّلَاثِ، وَلِلْوَارِثِ تَعْجِيزُهُ، وَإِنْ أَنْظَرَ الْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ، فَلِلْمُوصَى لَهُ تَعْجِيزُهُ عَنِ الْعَجْزِ، وَإِنْ أَنْظَرَ الْوَارِثَ، وَلَوْ قَالَ: ضَعُوا عَنِ الْمُكَاتَبِ مَا شَاءَ، فَشَاءَ الْكُلُّ، لَمْ يَوْضِعِ الْكُلُّ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، بَلْ يَبْقَى شَيْءٌ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: ضَعُوا مِنْ كِتَابَتِهِ مَا شَاءَ.

(أَمَّا تَصَرُّفَاتُ الْمُكَاتَبِ)، فَهُوَ فِيهِ كَالْحُرِّ إِلَّا مَا فِيهِ تَبَرُّعٌ أَوْ خَطَرٌ؛ فَلَا يَنْفُذُ عِنَقُهُ، وَهَيْبَتُهُ، وَشِرَاؤُهُ قَرِيبُهُ بِالْمُحَابَاةِ، وَيَنْعَمُ بِالْعَبْنِ، وَلَا يَبِيعُ بِالنِّسِيئَةِ، وَلَا يَرْفَعُ الْيَدَ عَنِ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ، وَلَا يُكَاتِبُ، وَلَا يَتَزَوَّجُ، وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدَهُ، وَلَا يَسْرَى؛ خَوْفًا مِنْ طَلَاقِ الْجَارِيَةِ، وَلَا يَتَّهَبُ مَنْ يَغْتَنُقُ عَلَيْهِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا؛ خَوْفًا مِنَ الثَّقَفَةِ، وَالْمُكَاتَبَةُ لَا تَتَزَوَّجُ، وَلَا تُكْفَرُ إِلَّا بِالصِّيَامِ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِنْ جَرَى بِإِذْنِ السَّيِّدِ، فَفِي الثُّقُودِ قَوْلَانِ، إِلَّا الْعِنَقَ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

(أَحَدُهُمَا): طَرَدُ الْقَوْلَيْنِ.

(وَالثَّانِي): الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ؛ لِإِشْكَالِ الْوَلَاءِ، فَإِنْ نَقَذْنَا، فَفِي الْوَلَاءِ قَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لِلْسَّيِّدِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ مَوْقُوفٌ حَتَّى يَغْتَنُقَ الْمُكَاتَبَ يَوْمًا، فَيَكُونُ لَهُ^(١). فَإِنْ مَاتَ رَقِيقًا أَسْتَقَرَّ عَلَى السَّيِّدِ، وَلَوْ مَاتَ الْعَتِيقُ فِي مَدَّةِ التَّوْقِفِ، فَمِيرَاثُهُ لِلْسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلٍ.

وَلَبِيتَ الْمَالِ؛ فِي قَوْلٍ^(٢).

وَكِتَابَةُ عَبْدِهِ كِإِغْتَاغِهِ فِي الثُّقُودِ وَفِي الْوَلَاءِ.

وَلَوْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ مَنْ يَغْتَنُقُ عَلَى سَيِّدِهِ، صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ، رَجَعَ إِلَى السَّيِّدِ وَعَتَقَ عَلَيْهِ، وَالْقَرْنُ لَوْ قَبْلَ مَنْ يَغْتَنُقُ عَلَى سَيِّدِهِ، وَقُلْنَا: يَنْفُذُ قَبُولُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَنْفُذْ هَهُنَا، إِنْ خِيفَ وَجُوبُ الثَّقَفَةِ فِي الْحَالِ، وَإِنْ لَمْ يَخَفْ بِأَنْ كَانَ كَسُوبًا، نَقَذَ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْسَّيِّدِ رَدُّهُ، وَهَلْ لَهُ رَدُّ غَيْرِهِ مِمَّنْ يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ رَدُّهُ، فَيَنْدَفِعُ الْمَلِكُ مِنَ الْأَصْلِ، أَوْ يَنْقَطِعُ مِنْ حِينِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَسْتَوْلَدَ الْمُكَاتَبُ جَارِيَتَهُ، فَوَلَدُهُ مُكَاتَبٌ عَلَيْهِ، أَيُّ يَغْتَنُقُ بِعِنَقِهِ، وَيَرِيقُ بِرِقِّهِ، وَهَلْ نَصِيرُ أُمِّ الْوَلَدِ مُسْتَوْلَدَتُهُ، إِذَا عَتَقَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

(١) قال الرافعي: «والثاني أنه موقوف حتى يعتق المكاتب يومًا، فيكون له» أشار بهذا إلى ما ذكره الإمام أنه إن عجز ورُق يبقى التوقف، لأنه يرتقب عتقه من وجه آخر، والأظهر أنه إذا عجز ورُق يكون الولاء للسيد، ولا يوقف حتى يعتق يومًا من الدهر، أو يموت رقيقًا، بل يوقف إلى أن يعتق بموجب الكتابة، أو يرق بالعجز، أو بالموت. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو مات العتيق في مدة التوقف فميراثه للسيد في قول وليت المال في قول» الظاهر قول راءهما وهو أنه يوقف كما يوقف الولاء. [ت]

(الحُكْمُ الرَّابِعُ حُكْمُ الْوَلَدِ)، وَفِي سِرَايَةِ الْكِتَابَةِ مِنَ الْمُكَاتِبَةِ إِلَى وَلَدِهَا الَّتِي تَلِدُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ مِنْ زِنًا أَوْ نِكَاحٍ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّدْبِيرِ إِلَّا أَنَّ هَذَا يَعْتَقُ بِعَتَقِ الْأُمِّ، وَلَوْلَا الْمُدْبِرَةُ لَا يَعْتَقُ بِعَتَقِهَا، بَلْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَهَذَا يَعْتَقُ بِعَتَقِ الْأُمِّ فِي (و) دَوَامِ الْكِتَابَةِ^(١)، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَحَقُّ الْمَلِكِ فِيهِ لِلْسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلِهِ؛ فَكَأَنَّهُ مُكَاتِبُهُ حَتَّى يُضْرَفَ إِلَيْهِ بَدَلُهُ، إِذَا قُتِلَ، يَنْفَذُ إِعْتَاْفَهُ، وَيُضْرَفُ إِلَيْهِ كَسْبُهُ، مَهْمَا رَقَّ، وَيَلْزَمُهُ (و) نَفَقَتُهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ.

وَفِي قَوْلِهِ: هُوَ مِنْ كَسْبِ الْمُكَاتِبَةِ؛ فَيَكُونُ كَسَائِرَ عِبِيدِهَا، وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتِبِ مِنْ جَارِيَتِهِ، فَهُوَ كَسْبٌ لَهُ، قَوْلًا وَاحِدًا لَا يَنْفَذُ فِيهِ إِعْتَاْقُ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَوْ جَنَى، لَمْ يَكُنْ (و) لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ؛ لِأَنَّ فِدَاءَهُ كَسْرَاهُ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَذُ تَضَرُّفُهُ فِي وَلَدِهِ، بَلْ يُكَاتِبُ عَلَيْهِ.

(فَرَعٌ) إِذَا وَطِئَ السَّيِّدُ مُكَاتِبَتَهُ، فَقَدْ تَعَدَّى، وَلَكِنْ لَا حَدَّ (و) وَيَجِبُ الْمَهْرُ (و م) وَقِيمَةُ الْوَلَدِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّ وَلَدَهَا كَسْبُهَا، فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ بَعْدِ الْعَجْزِ وَالرَّقِّ، أَوْ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَلَا شَيْءَ لَهَا، ثُمَّ هِيَ مُسْتَوْلَدَةٌ وَمُكَاتِبَةٌ، فَإِنْ آدَتِ الثُّجُومَ، عَتَقَتْ، وَإِلَّا عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

(الحُكْمُ الْخَامِسُ: حُكْمُ الْجَنَائَةِ): فَإِذَا جَنَى عَلَى أَجْنَبِيٍّ، أَوْ عَلَى سَيِّدِهِ، يَلْزَمُهُ الْأَرْضُ، فَإِنْ زَادَ الْأَرْضُ (ح) عَلَى رَقَبَتِهِ، فَبِئْسَ وَجُوبُ الزِّيَادَةِ قَوْلَانِ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُعَجَّزَ نَفْسُهُ، فَلَا يَبْقَى مُتَعَلِّقٌ سِوَى الرَّقَبَةِ، وَلَوْ جَنَى عَبْدٌ مِنْ عِبِيدِ الْمُكَاتِبِ، فَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتِبَهُ بَعْدَ الْجَنَائَةِ، لَزِمَهُ الْفِدَاءُ؛ كَمَا لَوْ قَتَلَهُ، وَلَوْ جَنَى عَلَى السَّيِّدِ، فَأَعْتَقَهُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْأَرْضِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَلَوْ جَنَى ابْنُ الْمُكَاتِبِ، فَلَا يَفْدِيهِ (و)، وَلَوْ جَنَى ابْنُهُ عَلَى عَبْدِهِ، فَهَلْ يَبِيعُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ (ح) الْمُكَاتِبُ قِصَاصًا عَلَى عَبْدِهِ أَوْ عَبْدٍ غَيْرِهِ، جَازَ لَهُ الْأَسْتِيفَاءُ.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَخْذُ الْأَرْضِ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ السَّيِّدُ بِالْقِصَاصِ.

وَلَوْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ، أَوْ عَلَى عَبْدِهِ، فَلِلْسَّيِّدِ الْقِصَاصُ، وَلَوْ قُتِلَ الْمُكَاتِبُ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ، وَلِلْسَّيِّدِ الْقِيمَةُ.

(١) قال الرافعي: «إلا أن هذا يعتق بعنق الأم إلى أن قال: وهذا يعتق بعنق الأم في دوام الكتابة» وهذا اللفظ الثاني مغني عن الأول. [ت]

(كِتَابُ عِنَقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ)

وَمَنْ اسْتَوْلَدَ جَارِيَتَهُ، فَاتَتْ بِوَلَدٍ، ظَهَرَ عَلَيْهِ خِلْقَةُ الْآدَمِيِّ، إِمَّا حَيًّا، وَإِمَّا مَيِّتًا، عَنَقَتْ (و) عَلَيْهِ، إِذَا مَاتَ، وَلَا يَجُوزُ بَيْنُهَا قَبْلَ الْمَوْتِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ؛ وَكَذَا لَا يَبِيعُ وَلَدَهَا مِنْ زَنًا أَوْ نِكَاحٍ، إِذَا حَصَلَ بَعْدَ الْأَسْتِيلَادِ، وَيَعْتَقُونَ أَيْضًا بِمَوْتِهِ، وَلَهُ إِجَارَتُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَوَطْؤُهَا، وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِرِضَاهَا.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ (ح) بِرِضَاهَا أَيْضًا إِلَّا بِمُرَاجَعَةِ الْقَاضِي.

وَلَهُ أَزْشُ الْجَنَائَةِ عَلَيْهَا وَعَلَى أَوْلَادِهَا، وَمَنْ غَضَبَهَا، فَتَلَفَتْ فِي يَدِهِ، ضَمِنَهُ (ح)؛ لِأَنَّهَا كَالرَّقِيقَةِ إِلَّا فِي الْبَيْعِ.

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى إِفْرَارِهِ بِالْأَسْتِيلَادِ، وَحُكِمَ بِهِ، فَرَجَعَا، غُرْمًا بَعْدَ مَوْتِهِ لِلْوَرَثَةِ عِنْدَ عِنَقِهَا، وَلَمْ يُعْرَمَا فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُمَا مَا أَزَالَا إِلَّا سُلْطَنَةَ الْبَيْعِ، وَلَا قِيَمَةَ لَهُ.

(فَرَعَانِ):

(أَحَدُهُمَا): لَوْ نَكَحَ جَارِيَةً، فَوَلَدَتْ وَلَدًا رَقِيقًا، ثُمَّ اشْتَرَاهَا، لَمْ تَصِرْ أُمَّ (ح ز)؛ وَلَدَ لَهُ، وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا آخَرَ فِي نِكَاحِ غُرُورٍ، أَوْ وَطْءِ شُبْهَةٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا، فَهَلْ تُغْتَبَرُ مُسْتَوْلَدَةُ عَلَيْهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

(الثَّانِي): مُسْتَوْلَدَةُ اسْتَوْلَدَهَا شَرِيكًا، ثُمَّ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: وَلَدْتُ أَوَّلًا مِنِّي، فَهِيَ مُسْتَوْلَدَتِي، فَقَدْ صَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً، فَإِنْ مَاتَا، عَنَقَتْ، وَالْوَلَاءُ مَوْقُوفٌ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ، فَيَنْصَفُ الْوَلَاءُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالْصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَأْبَأُ.

فهرس الجزء الثاني

٣٧	٣	كتاب النكاح
٣٧	١١	بيان أحكام الأولياء
٣٨	١١	الباب الأول: في الأولياء
٤١	١١	الفصل الأول: في أسباب الولاية
٤١	١١	الفصل الثاني: في ترتيب الأولياء
٤٢	١٢	الفصل الثالث: في سوابب الولاية
٤٣	١٣	الفصل الرابع: في تولي طرفي العقد
٤٤	١٣	الفصل الخامس: في التوكيل
٤٤	١٣	الفصل السادس: فيما يجب على الولي
٤٥	١٤	الفصل السابع: في الكفاءة
٤٧	١٤	الفصل الثامن: في تزاحم الأولياء
٤٧	١٥	الباب الثاني: في المولى عليه
٤٩	١٩	باب نكاح الشركات
٥١	١٩	الفصل الأول: فيما يُقر عليه الكافر من الأنكحة
٥٢	٢٠	الفصل الثاني: في زيادة العدد الشرعي
٥٥	٢٢	الفصل الثالث: في الاختيار
٥٦	٢٢	الفصل الرابع: في النفقة
٥٦	٢٩	كتاب الصداق
٥٩	٣٠	الباب الأول: في الصداق الصحيح
٥٩	٣١	الباب الثاني: في الصداق الفاسد
٦٤	٣٣	الباب الثالث: في المفوضة
٦٤	٣٤	الباب الرابع: في التشطير
٦٤	٣٤	الفصل الأول: في محله وحكمه
٦٥	٣٤	الفصل الثاني: في التغيرات قبل الطلاق
٦٦	٣٦	الفصل الثالث: في التصرفات المانعة للرجوع
٦٨	٣٦	الفصل الرابع: في هبة الصداق للزوج
		الفصل الخامس: في المتعة
		الباب الخامس: في التنازع
		باب الوليمة والشر
		كتاب القسم والنشور
		الفصل الأول: فيمن يستحق القسم
		الفصل الثاني: في مكان القسم وزمانه
		الفصل الثالث: في التفاضل
		الفصل الرابع: في الظلم والقضاء
		الفصل الخامس: في المسافرة بين
		الفصل السادس: في الشقاق
		كتاب الخلع
		الباب الأول: في حقيقة الخلع
		الباب الثاني: في أركان الخلع
		الباب الثالث: في موجب الألفاظ المعلقة بالإعطاء
		الباب الرابع: في سؤال الطلاق
		الباب الخامس: في النزاع
		كتاب الطلاق
		الباب الأول: في السنة والبدعة
		الباب الثاني: في أركان الطلاق
		الباب الثالث: في تعديد الطلاق
		الفصل الأول: في نية العدد
		الفصل الثاني: في التكرار
		الفصل الثالث: في الطلاق بالحساب
		الباب الرابع: الاستثناء
		الباب الخامس: في الشك في الطلاق
		الشطر الثاني: من الكتاب في التعليقات

١٠٤	القسم الثاني من الكتاب: في عدة الوفاة والسكنى	٦٨	الفصل الأول في التعليق بالأوقات
١٠٤	الباب الأول: في العدة	٦٩	الفصل الثاني: في التعليق بالتطليق ونفيه
١٠٥	الباب الثاني: في السكنى	٦٩	الفصل الثالث: في التعليق بالحمل والولادة
١٠٧	القسم الثالث من الكتاب: في الاستبراء	٧٠	الفصل الرابع: في التعليق بالحيض
١٠٧	الفصل الأول: في قدره وحكمه وشرطه	٧٠	الفصل الخامس: في التعليق بالمشيئة
١٠٧	الفصل الثاني: في السبب	٧٤	كتاب الرجعة
١٠٨	الفصل الثالث: فيما تصير به الأمة فراشاً	٧٤	الفصل الأول: في أركانها
١١٠	كتاب الرضاع	٧٥	الفصل الثاني: في أحكام الرجعية
١١٠	الباب الأول: في أركانه	٧٧	كتاب الإيلاء
١١١	الباب الثاني: فيمن يجرم من الرضاع	٧٧	الباب الأول: في أركانه
	الباب الثالث: في الرضاع القاطع للزواج وحكم	٨٠	الباب الثاني: في أحكامه
١١٢	الغرم	٨٣	كتاب الظهار
١١٣	الباب الرابع: في النزاع	٨٣	الباب الأول: في أركانه
١١٤	كتاب النفقات	٨٤	الباب الثاني: في أحكام الظهار
١١٤	السبب الأول النكاح	٨٧	كتاب الكفارات
١٢٤	الباب الأول في قدر النفقة وكيفيةها		كتاب اللعان والنظر في القذف،
١١٤	الفصل الأول في واجبات النفقة	٩٠	ثم اللعان، وفي القذف
١١٥	الفصل الثاني: في كيفية الإنفاق	٩٠	الباب الأول: في ألفاظ القذف وموجبها
١١٦	الباب الثاني: في مسقطات النفقة	٩٠	الفصل الأول: في الألفاظ
١١٨	الباب الثالث: في الإعسار بالنفقة	٩١	الفصل الثاني: في موجب القذف
١٢٠	السبب الثاني للنفقة والقرابة	٩٢	الباب الثاني: في قذف الأزواج خاصة
١٢٠	الباب الأول: في أصل النفقة	٩٢	الفصل الأول: فيما يبيح القذف ونفي النسب
١٢١	الباب الثاني: في ترتيب الأقارب	٩٢	الفصل الثاني: في أركان اللعان
١٢٢	الباب الثالث: في الحضانة	٩٤	الفصل الثالث: في فروع متفرقة
١٢٢	الفصل الأول: في صفات الحضانة	٩٦	الباب الثالث: في جوامع أحكام اللعان ونفي الولد
١٢٣	الفصل الثاني: في اجتماع الحواضن	٩٨	كتاب العدة
١٢٦	كتاب الجراح	٩٨	الباب الأول: في عدة الحرائر والإماء
١٣٧	الفصل الثاني: في حكم القصاص	١٠٢	الباب الثاني: في تداخل العديتين
١٣٧	الباب الأول: في الاستيفاء		

١٩٧	كتاب عقد الجزية والمهادنة	١٣٧	الفصل الأول: فيمن له ولاية الاستيفاء
١٩٧	الباب الأول: في الجزية	١٣٨	الفصل الثاني: في أن القصاص على الفور
٢٠٣	الباب الثاني: المهادنة	١٣٩	الفصل الثالث: في كيفية المماثلة
٢٠٦	كتاب الصيد والذبائح	١٤٠	الباب الثاني: العفو
٢١١	كتاب الضحايا	١٤٢	كتاب الديات
٢١٥	كتاب الأطعمة	١٤٢	القسم الأول: في الواجب
٢١٥	الفصل الأول: في حال الاختيار	١٤٢	الباب الأول: في النفس
٢١٦	الفصل الثاني: في حال الاضطرار	١٤٣	الباب الثاني: فيما دون النفس
٢١٨	كتاب السَّبَق والرمي	١٤٩	القسم الثاني: في الموجب
٢١٨	الباب الأول: في السَّبَق	١٥٢	القسم الثالث: فيمن عليه الدية
٢٢٠	الباب الثاني: في الرَّمي	١٥٥	القسم الرابع: في غرة الجنين
٢٢٤	كتاب الأيمان	١٥٧	باب كفارة القتل
٢٢٤	الباب الأول: في نفس اليمين	١٥٨	كتاب دعوى الدم
٢٢٥	الباب الثاني: في الكفارة	١٥٨	النظر الأول: الدعوى
٢٢٧	الباب الثالث: فيما يقع به الجثث	١٥٩	النظر الثاني: في القسامة
٢٣٢	كتاب التذور	١٦١	النظر الثالث: في إثبات الدم بالشهادة
٢٣٧	كتاب أدب القضاء	١٦٣	كتاب الجنائيات الموجبة للعقوبات
٢٣٧	الباب الأول: في التولية والعزل	١٦٣	الجنابة الأولى: البغي
٢٣٧	الفصل الأول: في التولية	١٦٥	الجنابة الثانية: الردة
٢٣٨	الفصل الثاني: في العزل	١٦٦	الجنابة الثالثة: الزنا
٢٣٩	الباب الثاني: في جامع آداب القضاء	١٧٠	الجنابة الرابعة: القذف
٢٣٩	الفصل الأول: في آداب متفرقة	١٧٠	الجنابة الخامسة: السرقة
٢٤٠	الفصل الثاني: في مستند قضائه	١٧٧	الجنابة السادسة: قطع الطريق
٢٤٠	الفصل الثالث: في التسوية	١٧٩	الجنابة السابعة: الشرب
٢٤١	الفصل الرابع: في التزكية	١٨٣	كتاب مَوْجِبَات الضمان
٢٤١	الباب الثالث: في القضاء على الغائب	١٨٨	كتاب السَّير
٢٤٥	الباب الرابع: في القسمة	١٨٨	الباب الأول: في وجوب الجهاد
٢٤٨	كتاب الشهادات	١٨٩	الباب الثاني: في كيفية الجهاد
		١٩٤	الباب الثالث: في ترك القتال بالأمان

٢٦٧	باب دعوى النسب	٢٤٨	الباب الأول: فيما يفيد أهلية الشهادة
٢٧٠	كتاب العتق	٢٥٠	الباب الثاني: في العدد والذكورة
٢٧٧	كتاب التدبير	٢٥١	الباب الثالث: في مستند علم الشاهد
٢٨٠	كتاب الكتابة	٢٥٢	الباب الرابع: في الشاهد واليمين
٢٩٠	كتاب عتق أمهات الأولاد	٢٥٣	الباب الخامس: في الشهادة على الشهادة
٢٩٣	فهرس الموضوعات	٢٥٧	كتاب الدعاوى والبيئات